

THÈSE DE
PARIS.
1889
N^o. 89.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES ORIGINES ROMAINES DE LA DISTINCTION

ENTRE

LA FAILLITE ET LA DÉCONFITURE

DROIT FRANÇAIS

DE LA FAILLITE

DES

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HIPPOLYTE DE MOLÈNES

ROUEN

IMPRIMERIE CH.-F. LAPIERRE

RUÉ SAINT-ÉTIENNE-DES-TONNELIERS

1889

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES ORIGINES ROMAINES DE LA DISTINCTION

ENTRE

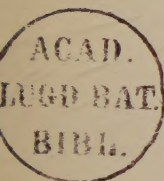
LA FAILLITE ET LA DÉCONFITURE

DROIT FRANÇAIS

DE LA FAILLITE

DES

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS



THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 14 Mars 1889, à une heure

PAR

HIPPOLYTE DE MOLÈNES

Président : M. J.-E. LABBÉ, Professeur

<i>Suffragants</i> {	MM. RATAUD	} <i>Professeur</i>	
	LÉON MICHEL		} <i>Agrégés</i>
	CHAVEGRIN		

ROUEN

IMPRIMERIE CH.-F. LAPIERRE

RUE SAINT-ÉTIENNE-DES-TONNELIERS

1889

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

A TOUS LES MIENS

DROIT ROMAIN

DES ORIGINES ROMAINES DE LA DISTINCTION

ENTRE

LA FAILLITE ET LA DÉCONFITURE

DROIT ROMAIN

DES ORIGINES ROMAINES DE LA DISTINCTION

ENTRE

LA FAILLITE ET LA DÉCONFITURE

INTRODUCTION.

Il importe que les débiteurs acquittent leurs dettes. C'est un devoir d'intérêt général auquel nul ne doit se soustraire, mais dont l'accomplissement parfait serait en quelque sorte une réalisation de la justice idéale. Or, les hommes ont toujours vu retarder l'avènement de cette ère de bonheur et d'équité, et, au moment où des philosophes proclament la doctrine du pessimisme, nous croyons pouvoir supposer qu'entre les âges passés et les temps futurs, il y aura ce point commun de toujours compter des débiteurs malheureux et des débiteurs malhonnêtes.

Le Droit se préoccupe de cette situation : il tend à assurer, dans sa sphère d'action, l'observation des enga-

gaments pris. Et en cela il reste fidèle à sa mission, qui est de faire respecter la justice.

Si nous prenons pour exemple d'étude une législation dégagée des entraves primitives, et même parvenue au développement qui convient à des peuples civilisés, force nous est de reconnaître que, en présence d'un débiteur *insolvable*, on a dû songer à deux procédés différents pour arriver à l'acquittement du passif. L'un s'inspire du besoin de donner une *satisfaction égale* à tous les créanciers, sinon complète; et l'autre, du désir de satisfaire entièrement les plus vigilants. Ce dernier système est une application d'un principe fondamental du Droit, que les jurisconsultes romains ont ainsi formulé : *jura vigilantibus scripta sunt non dormientibus*.

Il est juste, en général, que quiconque veille et agit, soit récompensé. Aussi, voyons-nous, en Droit romain surtout, l'activité personnelle jouer un rôle décisif : « l'acquisition du Romain, a dit von Ihering, consistait à *capere*, et, pour lui, la propriété était ce qu'il avait pris avec la main. »

Mais, d'autre part, il faut aussi reconnaître que l'application de ce principe doit être, dans une bonne législation, combinée avec d'autres considérations puisées également à la source même de l'équité. Or, il semble bien juste que les divers créanciers d'un même débiteur soient, si faire se peut, dans une situation égale; car, en l'absence de causes de préférence particulières, leurs droits sont égaux.

Il paraît donc y avoir lutte, sinon antinomie, entre ces deux procédés, au point de vue de l'équité : quoi de plus équitable, en effet, que de donner satisfaction à celui

qui se prévaut d'un droit justifié, et qui emploie et dépense toute son énergie à en assurer le triomphe ? Et, d'autre part, quoi de plus équitable aussi que de faire et assurer une situation égale à ceux qui n'ont que des droits égaux ? L'équité n'est-elle pas en quelque sorte dérivée de l'égalité ?

En se plaçant sous le point de vue de l'utilité sociale, on arrive à la même opposition, à la même contradiction : le premier système, en effet, n'a-t-il pas cet inappréciable avantage d'éviter les embarras et les pertes que les lenteurs du second peuvent entraîner ? Et, par contre, celui-ci n'assurera-t-il pas la situation du plus grand nombre contre les tentatives et l'âpre avidité d'un seul ?

Il serait aisé d'insister sur cette comparaison. Comment en concilier les deux termes ?

L'adoption de l'un entraîne, cela est certain, le rejet de l'autre : le droit du premier occupant est exclusif du droit à l'égalité pour les autres. On doit donc supposer, ou qu'un législateur adopte l'un à l'exclusion absolue de l'autre, ou qu'il attribue à chacun d'eux un champ séparé d'application. Il doit choisir, car c'est pour lui une nécessité de sanctionner les droits reconnus.

Un droit dépourvu de sanction n'est plus un droit.

La loi française moderne, pour résoudre la difficulté posée, n'a pas opté d'une façon absolue en faveur de l'un ou de l'autre système. Elle fait une application divise et séparée de l'un, en cas de faillite, et de l'autre, en cas de déconfiture.

Donc, selon nous, ce qui caractérise *essentiellement* le régime de la faillite, c'est qu'il a été organisé et réglementé par la loi en vue d'assurer l'égalité entre les

créanciers d'un même débiteur ; et ce qui est le *signe essentiel* de la déconfiture, c'est que, sous ce régime, le débiteur insolvable paye ses créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent à lui, les premiers arrivés pouvant ainsi épuiser l'actif du patrimoine, et se trouver complètement désintéressés à l'exclusion des moins vigilants.

Toute liquidation doit nécessairement se faire par l'un ou l'autre procédé. On a prétendu que le Droit romain n'avait mis en pratique que le premier seulement : la loi de l'égalité aurait donc sur sa rivale l'avantage moral inappréciable de pouvoir seule remonter jusqu'aux sources romaines.

Cette prétention mérite d'être examinée, et nous devons avouer que la littérature juridique est, sur ce point, singulièrement réservée ; il semble qu'un malin génie, doué de sympathie pour la loi du régime de faillite seulement, ait comme à plaisir détourné les interprètes du devoir de la discuter. Telle est, pourtant, la tâche que nous assignons à notre dissertation inaugurale.

Nous n'avons, certes, pas la force voulue pour traverser heureusement un domaine inexploré. Aussi, toute notre ambition serait-elle pleinement satisfaite si, à l'aide des données et des matériaux les plus connus du Droit romain, nous arrivions à montrer clairement que nos deux systèmes de liquidation des patrimoines ont été connus et pratiqués à Rome, et à mettre en relief l'importance relative qu'il faut attribuer et reconnaître à l'un et à l'autre dans la législation romaine.

En d'autres termes, nous ne cherchons ce résultat que dans un classement particulier, sinon nouveau, de

textes dont le commentaire appartient à tout enseignement du Droit romain.

Par ce qui précède, on voit, et nous n'avons pas à y revenir, ce qui constitue à nos yeux le point *essentiel* de la distinction entre la faillite et la déconfiture. Pour éviter toute confusion, nous croyons devoir faire cette remarque que la qualité de commerçant et celle de non commerçant, qui, dans le Droit français, sert à délimiter le champ d'application de l'une ou de l'autre, est ici, pour nous, d'un intérêt secondaire, puisqu'il est très-aisé de concevoir les deux modes de liquidation que nous étudions comme existant en dehors de toute considération puisée dans la nature de la profession du débiteur.

Nous aurons, dans ce travail, à examiner rapidement les divers modes d'exécution sur les biens et les divers exemples de liquidations que nous présentent les textes des jurisconsultes romains. C'est à propos de chacun d'eux que nous indiquerons, et parfois même que nous développerons ce qui se réfère à l'un et à l'autre de nos deux systèmes, et ce qui les caractérise en les séparant nettement.

PREMIÈRE PARTIE.

DES VOIES D'EXÉCUTION SUR LA PERSONNE OU LES BIENS.

CHAPITRE PREMIER.

Epoque antérieure au système formulaire.

Dans la période originaire du Droit romain, et à l'époque de ses premiers développements, le droit du créancier qui poursuit et exige l'exécution de sa créance porte sur la personne même de son débiteur, et ce n'est que par exception qu'il frappe et atteint par voie de saisie les biens eux-mêmes directement.

Examinons les deux moyens.

SECTION I.

Voies d'exécution sur la personne.

« Le monde, a dit Ihering, appartient à la force individuelle; c'est en lui-même que chacun porte le fondement de son droit; il doit le défendre par lui-même : telle est la quintessence des idées de la Rome antique sur la vie. »

Aussi, à l'époque primitive du Droit romain, alors que Rome ne possédait pour toute législation que « le

capital originaire reçu de l'histoire, » et que l'appréhension était, comme nous l'avons déjà dit, le seul moyen admis et reconnu de s'enrichir, est-il plus vrai et logique que jamais de dire : « Jura vigilantibus scripta sunt. »

Il n'est pas impossible d'admettre, dès lors, qu'à cette époque le créancier qui n'était pas payé se chargeât lui-même, aidé des siens et des forces dont il pouvait disposer, de prendre (*capere vel rapere*) en nature dans les biens de son débiteur ce qui lui paraissait suffisant pour le désintéresser. « Celui qui a un droit évident, écrit le même auteur, n'a pas besoin de l'autorité, ni pour le faire reconnaître, ni pour le faire réaliser. »

Il est clair qu'avec un tel principe, rien ne pourra limiter le droit du créancier. C'est le droit pour chacun de se faire son propre justicier, et c'est dès lors la plus complète application de ce que nous appelons le procédé de la déconfiture. Pour que le procédé de la faillite soit mis en pratique, il faut au contraire que les droits du plus pressé soient tempérés par une autorité supérieure, qui impose l'égalité à tous : or, c'est ce que nul ne saurait concevoir dans un système juridique où toute puissance dérive de la force matérielle, *manus*, tout enrichissement d'une appréhension brutale ou non (*capere vel rapere*), et toute justice de l'énergie personnelle développée par le citoyen lésé pour se venger : « neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare, ideo nec actio ei a veteribus prodita est. » (Ulpianus 17, pr. D., XLVII, 2.)

Nous concevons donc que le créancier impayé veuille tirer vengeance de son débiteur. Or, à cette époque de barbarie, où les conceptions juridiques sont toutes

rudimentaires, on ne connaît que la personne physique du débiteur, et c'est elle qui constitue le gage du créancier. Quant à la notion de la personne juridique, elle suppose un degré de civilisation plus avancé : les biens ne constituent pas directement une garantie de l'obligation contractée. Tel est l'état primitif du Droit romain.

Cette théorie historique serait incomplète si le droit de vengeance, avec ce qu'il comporte d'excès et de rigueurs, n'y figurait point. Ce droit de vengeance, que constate Ulpien, n'avait d'autre limite, chez le créancier lésé, que le souci de sa propre *existimatio* et la crainte des censeurs. Aussi, l'exercice en était-il plus ou moins complet et cruel, selon les circonstances, — et aucun texte à notre connaissance ne nous empêche d'admettre que, à cette époque, les créanciers pouvaient, s'ils le préféraient, se venger sur les biens, sauf à négliger, par raison d'humanité, leur droit sur la personne. Pourquoi, en effet, ne pas admettre qu'une voie moins cruelle peut être employée alors que, comme on va le voir, il en existe une autre plus complète et plus radicale ?

Mais c'est là plutôt analyse des mœurs qu'étude du droit. Car il faut bien reconnaître que ce droit de vengeance, qui apparaît comme illimité et que, dès lors, nous comprenons aussi bien comme s'exerçant sur les biens seulement que sur la personne même du débiteur, ne connut d'autre réglementation, à l'origine, que celle qui lui fut imposée par les mœurs et la coutume.

Il n'est question dans la loi des Douze-Tables que de l'exécution sur la personne du débiteur, et vraisemblablement cette intervention du législateur a eu pour but de régler, autant que faire se pouvait, les pratiques de la vengeance personnelle.

« *Œris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunt.* » Ainsi s'exprime le législateur : il accorde un délai de trente jours au débiteur, dès que celui-ci, à la suite d'une *confessio* ou d'un *judicatum*, se trouve exposé à la vengeance du créancier qui veut l'exécution.

Le ménagement, nous dirions volontiers le progrès, est double : le citoyen romain poursuivi par son créancier, obtient que la voie d'exécution sur sa personne soit retardée et suspendue pendant un délai bienfaisant de trente jours, et qu'elle ne s'exerce qu'en vertu d'un jugement du magistrat ou d'une *confessio in jure*.

A défaut de paiement, passé ce délai, le créancier exerce la *manus injectio* sur son débiteur *confessus* ou *judicatus* : « *post deinde manus injectio esto ; in jus ducito.* » Cela veut dire que le créancier peut exercer violence sur son débiteur, mais la loi exige qu'il le conduise par devant le magistrat : seconde comparution qui, selon toute vraisemblance, a été un nouvel acheminement vers l'amélioration du sort des débiteurs.

Devant le magistrat, il est possible que le *judicatus* échappe aux suites cruelles de la *manus injectio* : il faut pour cela qu'il fournisse immédiatement un *vindex* qui fasse le procès sien. Aussitôt, le procès recommence avec ce tiers, et un nouveau jugement intervient entre le créancier et ce tiers qui, s'il succombe, est condamné au double d'après une conjecture à laquelle M. Accarias n'hésite pas à se ranger.

Mais si le *judicatus* ne peut pas offrir de répondant, un décret du magistrat l'attribue (*addicit*) à son créancier qui l'emmène et le retient enchaîné. La loi des décemvirs est formelle sur ce point : « *Ni judicatum*

facit, poursuit-elle, aut quips endo em jure vindicit, secum ducito ; vincito, aut nervo, aut compedibus : quindecim pondo ne majore, aut si volet, minore vincito » (1). De ces limitations réglementaires de la cruauté du créancier, l'esprit remonte aisément à l'époque encore plus barbare dont Ihering a tracé l'image en traits si puissants, et où le créancier exerçait sans autres entraves que le sentiment de sa propre *existimatio* et de son intérêt les rigueurs de la vengeance.

Quelle est, à l'époque de la loi des Douze-Tables, la situation du *judicatus*, dès qu'il a été enfermé dans la prison privée de son créancier ?

La loi lui permet de vivre à ses frais « *si volet suo vivito* », ce qui indique qu'il est encore *sui juris*, qu'il n'est pas esclave : mais la simple contrainte par corps ne sera pas le dernier terme de son infortune ! Après le décret précité du magistrat, court un délai de soixante jours, pendant lequel à trois jours de marché consécutifs (de neuvaine en neuvaine), les *judicati* étaient exposés sur la place publique, tandis qu'à haute voix, on publiait le chiffre de leurs dettes, pour que, dans cette société où le droit de famille établissait des liens de solidarité si étroits, leurs dettes pussent être payées par les parents ou amis.

Passé ce délai, le créancier pouvait mettre à mort son débiteur ou le vendre au-delà du Tibre comme esclave : on ne voulait pas qu'un citoyen romain devînt esclave et servît dans sa propre patrie. « *Tertiis nun-*

(1) Nous donnons cette version, qui est celle de Pellat, parce qu'elle nous paraît plus raisonnable que celle des manuscrits qui porte : « *Quindecim pondo ne minore aut si volet majore vincito.* » Comment comprendre que le législateur fût intervenu pour imposer au créancier un minimum de cruauté ?

dinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant », nous rapporte Aulu-Gelle (*Nuits att.*, 21.)

Dans ce système oppressif on voit ce que devient le patrimoine du débiteur : *en fait*, pour échapper aux tortures physiques et morales qui le menacent, il n'est pas difficile de comprendre que tous ses efforts tendront à désintéresser ses créanciers lui-même (1). Les plus avides, les plus cruels auront les mains pleines, et les derniers arrivés n'auront plus qu'à exercer le droit de rigueur qui leur appartient et que nous venons de décrire. Le privilège du premier occupant sera complet : impossible aux autres créanciers, à cette époque du droit rudimentaire et solennel, d'obtenir que l'égalité soit rétablie. *Jura vigilantibus scripta sunt*. C'est, dans la pratique, le triomphe de fait et extra-juridique de ce que nous avons appelé le procédé de la déconfiture.

Hâtons-nous de constater, au contraire, qu'*en droit* et devant le magistrat les choses iront autrement en cas de concours de créanciers : *partes secanto*, dit énergiquement la loi des Douze-Tables, en parlant de la personne physique. J'en conclus que si au lieu d'exercer le droit de mettre à mort l'*addictus*, les cocréanciers le vendent au-delà du Tibre, ils se partageront le prix de vente comme ils auraient pu se partager son corps : les termes de la loi visent un partage du corps. Quant aux copartageants, ils devront être traités également : « si plus minusve secuerunt se fraude esto. » C'est donc le procédé de la faillite qui judiciairement l'emporte : notons même que l'exposition

(1) « Erat autem jus interea paciscendi », écrit Quintilien.

de la personne « *ad prætorem in comitium* » dont parle Aulu-Gelle, et la proclamation du chiffre des dettes constitueront pour les autres créanciers une publicité assez utile.

Nous décidons ainsi, parce que, selon nous, avant l'expiration du délai de 60 jours qui est accordé à l'*addictus*, celui-ci n'est pas encore esclave. La preuve en est que la loi des Douze-Tables lui permet de se nourrir s'il le veut sur son propre patrimoine : *si volet suo vivito*. Or, l'esclave n'a pas de patrimoine.

Disposant de ses biens, l'*addictus* pourra s'en défaire : il aura à cela un si puissant intérêt, que tous ses efforts tendront assurément à ce but. Comment supposer, en effet, qu'il ne cherche pas à recouvrer sa liberté, et à éviter la perspective menaçante qui, par l'expiration du délai de 60 jours, va devenir une réalité ? Car, passé ce délai, il devient esclave, ses biens deviennent la proie du créancier, et, dernier outrage, il est vendu à l'étranger.

Tel est le mode d'exécution forcée que nous présente la législation des Douze-Tables ; on le voit, c'est la personne qui est frappée, et la main-mise sur les biens n'est que la conséquence et en quelque sorte l'accessoire de la main-mise sur la personne. Quant à une exécution directe, elle est, dans ce système, tout à fait inutile : car le droit du créancier se trouve surabondamment garanti et armé par l'*addictio* et ses conséquences, et l'intérêt du débiteur trouve sa sauvegarde dans le droit et la possibilité de vendre son bien, s'il en reste, dans les délais accordés par la loi.

Aucun texte, en effet, ne paraît accorder au créancier sous le système des legis actiones, le droit de saisir les

biens du débiteur pour se payer. Qu'à l'origine, le créancier usât librement de ce moyen, cela est très-conforme à l'esprit de toute civilisation qui débute; mais la législation décenvirale porte les traces nombreuses d'un progrès réalisé sur l'état antérieur, elle affirme le principe de la limitation des droits excessifs du créancier, et c'est former une conjecture sans appui sérieux dans les textes de supposer que, sous son empire, le droit du créancier se trouvait encore aggravé par la reconnaissance d'un droit direct d'exécution forcée sur les biens.

Dire qu'il n'y a pas de voie légale d'exécution directe sur les biens pour le créancier qui a obtenu jugement, c'est nier que le système de la déconfiture pût s'exercer judiciairement. Mais nous avons montré que, dans les faits, les choses se passaient, à l'amiable (1), au gré du premier créancier poursuivant, lequel était toujours payé en raison même et en proportion de son renom de cruauté, et sans recours possible de la part des autres créanciers. Au contraire, en cas d'*addictio* suivie de non paiement dans le délai de deux mois ci-dessus rapporté, le concours entre créanciers trouvait dans la loi des Douze-Tables un embryon d'organisation : les créanciers se partageaient le corps de leur débiteur, et, par conséquent, et *a fortiori* ses biens aussi.

(1) Grâce au *jus paciscendi* dont il est parlé antérieurement.

SECTION II.

Voies d'exécution sur les biens.

Il est d'usage de n'étudier sous cette rubrique que la *legis actio* connue sous le nom de « *pignoris capio*. » Nous croyons, pour les exigences particulières de notre travail, devoir y placer une rapide esquisse du *nexum*. Il nous paraît en effet que, sans trop de subtilité, il est permis de voir dans l'engagement des biens que comportait le *nexum*, la négation radicale et absolue du principe d'égalité entre les créanciers. Quant au caractère d'exécution sur la personne, qu'il convient, sans aucun doute, de reconnaître à cette institution toute romaine, il paraît avoir disparu assez rapidement et le premier.

La loi des Douze-Tables mentionne le *nexum*, et lui donne la force de loi entre les parties : « Cum nexum « faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus « esto. »

On a beaucoup discuté sur la nature du *nexum*, et sur la situation faite au *nexus*, c'est-à-dire au débiteur qui a contracté sous cette forme. Ce qui est certain, c'est que le *nexum* comprenait à la fois un engagement des biens du débiteur qui empruntait, et un engagement de sa personne. M. Giraud, dans son célèbre traité des *nexi*, enseigne que le débiteur engage non-seulement sa personne physique, mais encore « sa personne juridique, » c'est-à-dire son patrimoine et tout ce qui est soumis à sa puissance : personnes et choses.

Nous adoptons pleinement la conclusion de Tambour

(des Voies d'exécution, I, page 24) : « En un mot, écrit-
« il, je serais porté à voir dans le *nexum* un engage-
« ment des services corporels du débiteur lui-même
« et de ses enfants, et, en même temps, une *fiducie*
« relativement aux biens, qui, d'ailleurs, seraient restés
« en la possession du débiteur jusqu'à ce qu'il y eût
« défaut de paiement à l'échéance »

Par ce moyen, et grâce à la fiducie, le débiteur, en empruntant, transfère le *dominium* de ses biens à son créancier, et celui-ci étant propriétaire est pleinement garanti à l'encontre de tout nouveau créancier. Il n'y a pas, en ce cas, de concours possible entre créanciers.

Dès que le *nexus* a, par son travail, acquitté sa dette il recouvre sa liberté et ses biens, et, désormais, ce n'est plus pour le créancier qu'il cultivera son ager comme un esclave « *ita ut simus conservi nostrorum* » « *mancipiorum bello captorum.* »

Ce qui a frappé les historiens et, il faut bien le dire aussi, l'esprit des jurisconsultes dans cette institution du *nexum* c'est l'état dégradant et misérable auquel se trouve réduit le *nexus*. Mais si l'on songe, d'une part, à ce qui a été dit ci-dessus du sort fait à l'*ad-dictus*, et, d'autre part, que c'est à l'occasion des prêts d'argent que se présente cet engagement de la personne, on se convaincra aisément que cette forme de contrat ne devait être usitée que par les débiteurs eux-mêmes pour éviter les horreurs de l'esclavage de droit, et qu'elle a dû marquer dans les mœurs un certain acheminement vers l'amélioration du sort des débiteurs.

Mais le procédé était encore bien barbare, et les auteurs ne sont pas d'accord pour fixer les limites de

cette barbarie, puisque les uns y voient, comme M. Bonjean, une véritable mancipation du débiteur, entraînant un *capitis deminutio* immédiate; alors que d'autres comme Niebuhr retardent cette *capitis deminutio* jusqu'à ce que, par suite de non-paiement, le débiteur soit adjugé à son créancier par le magistrat comme esclave, et alors que d'autres enfin, comme MM. Savigny et Giraud, enseignent que le *nexus* engageait, sans *capitis deminutio*, son travail à l'acquittement de sa dette. Cette dernière opinion paraît seule admissible, en présence de la définition qui nous a été laissée par Varron : « Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut ab cere obœratus » (1).

Quoi qu'il en soit, la loi des Douze-Tables donnait force exécutoire à l'obligation de ceux qui contractaient sous la forme solennelle du *nexum*, et les historiens nous rapportent que la plèbe romaine opprimée par les créanciers ne connaissait plus la liberté.

En 386 de Rome, les tribuns Sextius et Licinius protestent éloquemment, s'écriant : « An placeret « fœnore circumventam plebem..... corpus in nervum « ac supplicia dari ... et repleti vinctis nobiles domos; « et ubicunque patricius habitet, ibi carcerem privatum « esse? » (Tite-Live, VI, 26.)

Il faut lire la page éloquente consacrée par Tite-Live à l'histoire du jeune Publilius, dont l'infortune amèna le peuple et donna ainsi naissance à la célèbre loi Publilia ou Poetelia, en 429 de Rome. « Eo anno, s'écrit « l'historien, plebi romane velut aliud initium liber-

(1) *De lingua latina*, VII, § 105.

« tatis factum est quod necti desierunt.... victum eo
« die ingens vinculum fidei, ajoute Tite-Live avec
« regrets ; jussique consules ferre ad populum, ne quis
« nisi qui noxam meruisset donec poenam lueret, in
« compedibus aut in nervo teneretur ; *pecuniæ creditæ*
« *bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi*
« *soluti : cautumque ne in posterum necterentur.* »

Ce texte mérite d'être rapproché de tous ceux qui, se référant même à des époques antérieures, énoncent que les créanciers dépouillaient leurs débiteurs de leurs biens : il s'agit là, non d'une voie d'exécution sur les biens proprement dite, mais de l'accomplissement naturel et logique de la convention de *nexum*, laquelle, comme on l'a vu, portait engagement des biens du débiteur au créancier. Mais, quant à un droit de saisie accordé aux créanciers, il est sans appui dans les textes.

Avec la loi Poetelia, le *nexum* devient une voie d'exécution conventionnelle portant exclusivement sur les biens, et non plus sur la personne ; et, grâce au pacte de fiducie, le créancier n'agit pas comme saisissant, mais comme propriétaire : il a le *dominium* des biens de son débiteur.

La saisie est, par excellence, le mode de mise en pratique du procédé de déconfiture. A-t-elle existé à cette première période du droit romain ?

Les textes citent la *pignoris capio*, comme l'une des *legis actiones* ; il faut reconnaître que cette *legis actio* est bien une voie d'exécution réelle, mais aussi que son champ d'application est limité et que, dans les textes, il n'en est fait mention que pour certaines créances regardées comme particulièrement favorables et dignes de protection.

Mais ce serait faire une pure conjecture, que de généraliser ce procédé. Outre que le silence des textes serait alors fort difficile à expliquer, en présence surtout des développements que Gaius consacre à cette *legis actio*, il y aurait lieu de se demander si le besoin s'en faisait sentir, alors que les voies d'exécution sur la personne imposaient, comme nous l'avons expliqué et démontré ci-dessus, au débiteur, comme une absolue nécessité, de réaliser lui-même ses biens, et dans les meilleures conditions pour échapper à l'esclavage.

Dès lors, la *pignoris capio* apparaît surtout, dans cette période du droit, comme la mise en œuvre et l'apanage de certains droits privilégiés. Le droit et la possibilité d'en user constitue en effet pour les créanciers un privilège véritable, c'est-à-dire un moyen de se faire payer à l'exclusion des autres créanciers, par l'occupation et sans doute même la prise effective de certains biens du débiteur.

Elle n'était autorisée, d'après Gaius (IV, § 26 à 29), que dans des cas déterminés soit par la coutume, soit par la loi : « Per pignoris capionem lege agebatur de « quibusdam rebus moribus, de quibusdam lege ». Elle aurait ainsi été admise pour l'*æs militare*, l'*æs equestre*, l'*æs hordearium*, pour le recouvrement de certaines créances ayant un lien étroit avec les pratiques du culte, et, en vertu d'une loi Censoria, pour la garantie des publicains ou fermiers des impôts.

La *pignoris capio* était donc un droit que la *qualité* de la créance seule donnait au créancier. Il est, par suite, impossible d'y voir une application un peu courante du système de la déconfiture.

En résumé, quand à cette époque un débiteur était insolvable à Rome, celui-là était désintéressé parmi ses créanciers qui le premier parvenait à obtenir paiement. Il n'y avait pas alors de moyen connu pour rétablir l'égalité ainsi violée. Mais si le débiteur se refusait à payer à l'amiable, la procédure de la *manus injectio* devenait nécessaire et permettait aux autres créanciers, au moins depuis la loi des Douze-Tables, d'être facilement renseignés et de venir en partage avec le premier poursuivant : c'est ainsi du moins que nous entendons le célèbre texte de la *tabula tertia*, qui permet sans aucun doute d'étendre au patrimoine lui-même la cruelle disposition qu'il édicte en propres termes pour la personne physique du débiteur commun : *partes secanto*.

CHAPITRE SECOND.

Epoque où le Droit romain est développé.

Nous avons, dans le chapitre premier, rapidement examiné les droits respectifs des créanciers tels qu'ils peuvent être déduits de ce que nous savons en général des droits de chaque créancier sur la personne ou les biens du débiteur.

Dans cette période de formation première, la question du *concours* entre créanciers ne peut en effet être résolue et réglée que par voie de raisonnement. Mais les textes du droit classique et de Justinien sont moins laconiques, et nous devons maintenant en aborder l'étude, non sans faire remarquer cependant qu'aux époques dont nous sa'llon, à un point de vue tout particulier, étudier les institutions juridiques, l'oubli ne s'était pas encore fait entièrement sur les procédés barbares des premiers temps : « Addici nunc et vinciri multos videmus » écrit Aulu-Gelle sous le règne d'Hadrien !

SECTION I.

La Venditio bonorum.

Nous avons vu que, dans l'ancien droit, le débiteur, *judicatus ou confessus*, devenait, à un moment difficile à préciser, l'esclave de son créancier, sauf à celui-ci, sans doute depuis la loi des Douze-Tables, à le vendre à l'étranger, et que ses biens devenaient par suite la

proie de ce créancier. Nous avons également exposé que, s'il y avait plusieurs créanciers, tous avaient ce même droit et qu'ils devaient l'exercer en concours, au marc le franc pourrait-on dire, sur la personne et sur les biens de l'insolvable.

Les historiens de Rome nous rapportent que le meurtre du débiteur ne fut jamais pratiqué, bien que le créancier eût droit de vie et de mort (Aul.-Gelle, XX, 1 ; — Quintilien, *Inst. orat.*, III, 6 ; — Tertullien, *Apol.*, cap. 4). C'est donc qu'en pratique on recourait au partage, et, d'après la loi décenvirale, à un partage égal des biens.

Le préteur, dans ces conditions, devait, en fait, intervenir souvent entre les parties. Il rentrait dans ses attributions de régler le droit ; il organisa la *venditio bonorum*, imitant ainsi, selon l'usage prétorien, avec sagesse le pur droit civil.

Gaius rapporte que c'est un préteur, Publius Rutilius, qui, à ce qu'on dit, eut l'honneur d'introduire cette institution « bonorum venditionem introduxisse dicitur. » Or, nous constatons l'existence d'un préteur Publius Rutilius Calvus, en 586, et celle d'un consul Publius Rutilius Rufus en l'an 648 : il y a doute sur le point de savoir auquel de ces deux magistrats se réfère le texte de Gaius.

Il est certain que le préteur trouva dans la *sectio bonorum* une institution du droit civil qui, en bien des points, a dû lui servir de guide et de modèle dans la réglementation de la *venditio bonorum*. La *bonorum sectio* était la vente aux enchères de biens appartenant au peuple ou au fisc, vente qui transférait à l'acquéreur la propriété quiritaire, et qui, lorsqu'elle frappait sur l'ensemble d'un patrimoine, constituait un mode d'acquisition par universitatem. Cette vente se faisait avec

publicité et était annoncée par des affiches : *proscriptiones*.

Cette *sectio bonorum* existait, d'après Tite-Live, déjà en 565 de Rome, et nous en rattachons très-volontiers l'origine au texte même de la loi des Douze-Tables. Cela est, du reste, conforme à l'étymologie donnée par Ascanius, du mot *sectio* qui vient de *secare*, et dut être emprunté, selon nous, tout naturellement dans le langage de la pratique à la loi des décemvirs (1). Les acquéreurs de patrimoines ainsi vendus par le fisc étaient des particuliers qui s'associaient entre eux pour ce commerce, de sorte que, en fait, ces ventes aboutissaient à une division du patrimoine et au morcellement des biens : *sectio bonorum*.

M. Ortolan rattache la *venditio bonorum* à la *manus injectio*. Dans le système de cette *legis actio*, le créancier se payait sur la personne physique; l'innovation du préteur consista donc à faire que « la personnalité juridique du débiteur prit la place de la personnalité physique, et que l'on appliquât à l'une ce qui, dans l'action de la loi, s'appliquait à l'autre. »

Parlant de la *venditio bonorum*, Renouard a fait observer que « toutes les législations modernes sur les faillites, ont pour commune origine cette procédure romaine. »

Après avoir indiqué les sources de cette institution elle-même dans les précédents du droit romain, nous devons mettre rapidement en relief comment la réglementation attribuée au préteur Rutilius établissait l'égalité entre les créanciers en cas de concours.

(1) *Partes secanto !*

Cette étude se subdivise : comment, d'une part, les créanciers non payés au moment où il est procédé à la vente des biens arrivent-ils à cette égalité entre eux ? et comment, d'autre part, peuvent-ils l'imposer à ceux qui ont, antérieurement, diminué leur gage ? C'est dans l'examen de l'*action paulienne* que nous puise-rons la réponse qu'il convient de faire à la seconde question, après avoir répondu à la première par celui de la *venditio bonorum* elle-même.

Toute liquidation comporte deux séries d'opérations : celles qui tendent à la réalisation de l'actif, et celles qui ont pour but le règlement du passif. Et si l'on suppose que, dans ces sortes d'affaires, le législateur veuille que les tiers créanciers soient traités également, on devra reconnaître que son autorité régulatrice aura, dans ce but, à pourvoir, par des moyens appropriés, à la sauvegarde de cette égalité en intervenant à la fois dans ces deux sortes d'opérations. Il est à craindre, en effet, en pure abstraction, ou que l'actif soit dilapidé, et alors il n'y aura même pas de liquidation, ou que l'actif soit versé aux uns et refusé aux autres, et alors la liquidation n'est plus égale pour tous.

C'est ce que le prêteur comprit le premier : il organisa, à la manière romaine, une sorte de dessaisissement du débiteur. Ce dessaisissement a pour but de protéger l'intérêt de la masse des créanciers et s'opère à l'aide d'une *missio in possessionem*.

Ce procédé, on le sait, était familier au prêteur, qui l'employait dans des situations diverses et le proportionnait en quelque sorte aux nécessités des circonstances.

La *missio in possessionem* n'était autre chose qu'une autorisation, donnée par le prêteur, de prendre posses-

sion soit d'objets particuliers (*res singularis*), soit de tout un ensemble de biens (*universitas bonorum*), comme une dot, un pécule, une hérédité ou un patrimoine. Cette autorisation était concédée par le magistrat en vue d'assurer la conservation et la sauvegarde d'un droit pour le *missus*, et elle était plus ou moins large et complète dans ses effets suivant la nature et la portée de ce droit.

C'est dans son application à notre matière que la *missio in possessionem* apparaît comme tout particulièrement importante. Le prêteur, en effet, a utilisé cet usage de la pratique des magistrats romains pour le règlement du *concursum creditorum* et pour la protection, dès le début des opérations de la liquidation, des droits de tous les créanciers de l'insolvable.

Mais c'est ici qu'il convient de remarquer que si la faillite ne s'applique, en droit français, qu'au commerçant qui est en état de cessation de paiements, — en droit romain, la *missio in possessionem* apparaît comme le préliminaire d'une procédure d'exécution beaucoup plus générale. La faillite romaine, qu'on nous permette ce néologisme, pouvait frapper, en effet, d'une manière générale tout débiteur qui avait confessé sa dette, ou qui avait été condamné, ou qui n'était pas valablement défendu, par cela seul que ses créanciers n'étaient pas payés.

Le créancier devait la demander, car le magistrat n'en prenait point l'initiative. Mais l'envoi en possession accordé par celui-ci profitait à tous les créanciers; il y avait là une procédure collective, ainsi que cela résulte du texte suivant de Paul : « Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti : quæritur

« *utrum solus is qui petit possidere potest ?... Commo-
« dius dicitur cùm prætor permiserit, non tam personæ
« solius petentis quam creditoribus et in rem permissum
« videri : quod et Labeo putat.* » (L. 12 pr. D. de *reb.
auct. jud. possid.* XLII, 5.)

Cette décision est évidemment surprenante, si l'on ne songe qu'aux principes de la législation romaine, car on sait qu'à Rome les personnes libres ne pouvaient stipuler que pour elles-mêmes.

Aussi le jurisconsulte Paul ajoute-t-il : « *Nec videtur libera persona acquirere alii : quia nec sibi quicquam acquirit, cui prætor permittit : sed aliquid ex ordine facit : et ideo cœteris quoque prodest.* » C'est ainsi et grâce à un raisonnement emprunté aux plus hautes considérations d'équité que le préteur a pu donner à la *missio in possessionem* son caractère collectif. Le décret du magistrat profite à tous : l'égalité est ainsi établie, et le prix de la course est partagé entre tous.

Jusqu'à présent, notons-le, il n'est pas question d'insolvabilité proprement dite : il suffit, pour que le créancier soit envoyé en possession des biens de son débiteur, que celui-ci ne l'ait pas payé. Ce n'est que par la suite qu'il apparaîtra, comme sous le régime de notre Code de Commerce, si l'actif du débiteur est en réalité inférieur au passif : la *venditio bonorum* seule mettra ce point en évidence.

Mais, par contre, l'édit du préteur est applicable, par cela seul que le débiteur n'acquitte pas une dette établie par jugement : point de discussion possible sur le caractère de la cessation des paiements. Et cette simplicité explique qu'en principe le magistrat puisse, comme nous le pensons, rendre son autorisation d'envoi en posses-

sion sans *causæ cognitio*, sur simple requête *per libellum*. Le créancier, en effet, lorsqu'il est pourvu d'une sentence, n'a plus à faire la preuve de son droit, et il en est de même lorsque son débiteur lui consent une cession de biens. Mais, lorsqu'il s'agit d'une « latitatio » prétendue, la *causæ cognitio* est expressément exigée : « Respondi, oportere prætorem, causa cognita, jubere bona adversarii possideri. » (L. 18 D., *si servitus vindic.* VIII, 5.) Il convient alors, en effet, d'apprécier si l'adversaire cherche vraiment à se dérober. De même la *causæ cognitio* devait être exigée à l'égard des incapables *indefensi* ; cela est tout à fait vraisemblable, en présence des précautions prises en leur faveur : « Non defendi pupillum constare debet, liquereque prætori, ut sic permittat bonorum possessionem ; hoc autem constare debet sic : evocandi sunt ad prætorem, etc... » (Ulpianus, L. 8, § 1, D. *Quib. ex caus. in poss.* XLII, 4.)

Quoi qu'il en soit, cette mesure n'est considérée que comme conservatoire, et c'est pourquoi on peut comprendre qu'on pût se passer d'un débat *pro tribunali*.

Elle ne modifie en rien la propriété du débiteur, et elle ne préjuge même rien du droit des parties : « Si ob falsum creditum, vel ob falsam petitionem missus est in possessionem, vel si exceptione summoverti potuit : nihil ei debet prodesse hoc edictum : quia propter nullam causam in possessionem missus, est. » (Ulpianus. L. 1, § 5, D. *ne vis fiat ei qui in ...* XLIII, 4.) Cela montre bien que l'envoi en possession ne comporte pas l'examen du fond du droit.

Pour comprendre nettement la portée de cette *missio in possessionem* qui, dans notre droit moderne, pourrait

très bien être appelée une *déclaration de dessaisissement*, il convient d'en indiquer les principaux effets.

Tout d'abord, nous avons remarqué qu'elle n'entraîne aucun préjugé du droit du créancier et que, par conséquent, le débiteur pourra encore contester la créance de l'envoyé en possession : « Si is postulaverit qui creditor non est....., nihil egit talis postulatio. » L. 12, sup.

En second lieu, il faut constater que l'envoyé n'est même pas en fait possesseur ; le seul résultat obtenu est d'établir une garde et une surveillance — *custodiam et observationem rerum* — auprès du débiteur, suffisante pour prévenir tous abus. Le débiteur n'est dessaisi que de l'exercice de ses droits, mais le créancier ne peut même pas user de l'interdit *uti possidetis*. Le jurisconsulte Paul considère comme une hérésie monstrueuse, *ineptissimum*, l'opinion d'après laquelle l'envoyé serait considéré comme ayant la possession : « Nam qui creditorem mittit in possessionem rei servandæ gratia non possessionem sed custodiam rerum et observationem concedit. » (L. 3, § 23 *de adq. vel. amit. poss.* XLI, 11.) Ulpien nous enseigne que pour cette raison l'interdit précité est refusé : « Creditores missos in possessionem interdicto uti possidetis uti non posse : et merito quia non possident. » (L. 3, § 8. D. *uti possid.* XLIII, 17.) Mais pour exercer sa surveillance, l'envoyé doit pouvoir pénétrer chez son débiteur : « Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, datur in eum actio quanti ea res sit. » (L. 14, D. XLII, 4.)

Le débiteur n'a plus l'exercice de ses droits, mais il n'est pas expulsé de chez lui (*Cic. pro Quintio*, 27). Si il y a lieu d'agir en justice, il faudra faire nommer un *curateur*, l'envoyé en possession n'ayant point qualité

pour ce faire : « Creditore in possessionem misso, curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sint. » (L. 14, pr. D. *de rebus auct. jud.* XLII, 5.) Dans ce cas la nomination d'un curateur est nécessaire ; et il peut être choisi soit parmi les créanciers, soit en dehors d'eux par le prêteur *ex consensu majoris partis creditorum.*, (L. 2 pr. D. XLII, 7.) Cette disposition est logique ; on poursuit comme but l'égalité entre créanciers, il est naturel dès lors qu'on prenne leur avis et que celui de la majorité l'emporte.

Pour les actes d'administration, la nomination d'un curateur n'est que facultative. L'envoyé pourra donc administrer lui-même, s'il n'a point été constitué de curateur, et un très-grand nombre de textes visent ce cas. C'est ainsi qu'il ne pourra point se nourrir ni s'entretenir aux frais de son débiteur, et qu'il devra, au point de vue des restitutions à faire, être traité comme s'il était un véritable gérant d'affaires : « datur in factum actio adversus eum : et omne quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore. » (L. 14 in fine D. XLII, 5.) L'envoyé est donc comptable à l'égard des créanciers « de eo quod ex bonis debitoris ad eum pervenit. » Mais comme, en définitive, il est personnellement intéressé à sa propre gestion, les principes s'opposent à ce qu'on lui applique les règles de la gestion d'affaires : en conséquence il peut répéter les impenses faites sans dol, et non point seulement les impenses utiles, — et dans sa gestion il n'est tenu que de son dol et non point de ses simples fautes. Il faut noter que l'envoyé doit louer le fonds, ou en vendre les produits : c'est l'obligation que lui impose l'Edit, et s'il ne l'a point fait, le prêteur donnera contre

lui une action *in factum*, à moins que, par la manière dont il aura conduit son administration, les recettes n'aient point été diminuées : « ceterum si tantum perceptum est, quantum perciperetur, si locatus vel distractus fructus esset, nihil ei imputabitur : et in hoc condemnabitur quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit neque locavit. » (L. 9 § 6 D. XLII. 5) Cette obligation ne lui incombe que tant qu'il ne renonce pas au bénéfice de l'envoi en possession, renonciation qu'il est toujours libre de faire, puisqu'il n'est pas soumis aux obligations du gérant d'affaires qui, lui, doit achever l'affaire dont il s'est chargé (Voy. L. 9 § 5 précitée, et L. 21 § 2 D. *de neg. gest.*)

On voit par tout ce qui précède se préciser et s'accroître le caractère d'égalité collective de cette institution prétorienne. Il convient d'insister sur certains autres effets de l'envoi en possession :

Ulpien nous apprend que la *missio in possessionem* confère aux créanciers une hypothèque : « non est mirum, écrit-il, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, imperator noster cum patre soepissime rescripsit. » (26 pr. D. XIII 7.) Ce droit de gage n'existe qu'autant que l'envoyé en possession a effectivement exécuté la *missio in possessionem* : « non alias constitui, ajoute le jurisconsulte, nisi ventum sit in possessionem » Ce droit frappe même les biens incorporels « etiam super actionibus quæ debitori competunt, præcipimus hoc (pignus prætorium) licere decernere. » (l. C. *De præt. pign.*, VIII. 22.) et, dans la constitution suivante, Justinien rapporte que tranchant une ancienne controverse

du droit classique il convient de reconnaître le droit de suite au *pignus prætorium* : cette interprétation est, dit-il, la moins stricte : « *benignius causam interpretamur.* » Le *pignus prætorium* ne produit effet, en tous cas, qu'autant que les créanciers ont main mise réelle sur les biens de l'insolvable. Mais quel effet produisait-il, non muni du droit de suite ? Nous l'avons vu, la *missio in possessionem* opère au profit de tous les créanciers, et cela est particulier à la *missio in possessionem* considérée comme formant le préliminaire d'une *venditio bonorum*. Telle est du moins la conséquence que nous tirons de la loi suivante : « *is qui ex causa legatorum possidet, sibi non alii possidet. Alia est causa cum creditores mittuntur in possessionem : nam is qui possidet, non sibi sed omnibus possidet.* » (L. 5 § 2 D. *ut in poss.* XXXVI. 4.) Ce texte est intéressant : entre légataires « *nullum ordinem observamus* », dit le jurisconsulte, nous établissons l'égalité, mais à la condition que tous soient envoyés en possession : « *omnes venire debent in possessionem.* » Le premier envoyé n'est pas préféré au second et ainsi de suite : « *non præfertur ei qui postea mittitur.* » Il y aura donc, pour les légataires, multiplicité nécessaire de décrets d'envoi en possession, et égalité de traitement entre eux, sans application de la règle *potior tempore potior jure*. Mais le jurisconsulte continue : « *Postquam creditores rei servandæ causa possidere cœperunt, legatorum servandorum gratia missus in possessionem creditoribus potior non habebitur.* » Cela veut dire qu'après l'envoi en possession déferé même à l'un seulement des créanciers, les décrets accordés aux légataires en retard ne rétroagiront plus au jour où le plus diligent d'entre eux a obtenu le sien, —

ce qui est absolument logique, puisque chaque légataire ne possède qu'en son propre et privé nom. Le *pignus prætorium* confère donc à la masse des créanciers un droit de préférence, à raison de son antériorité, opposable à quiconque se prévaudrait ultérieurement d'un droit de gage résultant notamment d'un décret postérieur d'envoi en possession fondé sur une autre cause.

C'est montrer dans ses origines mêmes l'importance souvent méconnue de l'hypothèque conférée à la masse des créanciers en cas de faillite par notre loi française. Celle-ci en effet, dans notre droit, trouve une application utile dans le cas d'une succession ouverte au profit du failli depuis le jugement déclaratif (1), c'est-à-dire dans l'hypothèse analogue à celle dont nous venons de parler pour le droit romain. Quant à dire qu'elle serve à préserver les créanciers actuels contre les effets des actes consentis par le failli, cela est inutile, car le dessaisissement y suffit, ainsi que l'application de l'action paulienne. Nous convenons cependant, qu'en droit romain le *pignus prætorium* emportait en outre obstacle à l'exécution matérielle des aliénations consenties par le débiteur après la main mise exercée sur ses biens par la masse ou en son nom.

Ce que nous avons appelé, au début même de notre étude, le procédé de faillite, se caractérise par le souci d'établir l'égalité entre créanciers. Mais il importe de ne point sacrifier à ce besoin, qui entraîne forcément des lenteurs, les avantages de l'activité et de la diligence de chacun. Nous avons montré l'égalité dans l'organisation collective de la procédure; nous voyons

(1) *Sic* Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2708.

l'accomplissement du second desideratum dans cette sorte d'arrêt imposée à l'évolution du débiteur, par le dessaisissement et l'incapacité d'agir qui en résulte pour lui, d'une part; et, d'autre part, par le *pignus prætorium* et la détention particulière accordée aux créanciers. Par ce moyen, le gage de la masse est sauvegardé, — et l'initiative individuelle, à défaut de la satisfaction d'un seul, aura au moins eu cet heureux résultat, si elle a été exercée à temps, d'avoir fixé les droits de tous à l'égard des tiers. En cela, la faillite tient compte, en droit romain, de la règle *jura vigilantibus scripta sunt*, dans l'intérêt commun de la masse : c'est ce point de vue qui perce dans l'admission du *pignus prætorium*, et le privilège qu'il confère aux créanciers actuels.

Le droit de l'envoyé et, par suite, le droit de la masse des créanciers, est protégé, à défaut de l'interdit *uti possidetis*, par un interdit spécial dont le nom constitue la rubrique du titre IV du livre XLIII du *Digeste* : *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*. On peut d'ailleurs requérir du magistrat la *manus militaris*, pour l'exécution du décret d'envoi en possession : « melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suæ potestatis exequi oportere decretum suum : nonnunquam etiam per manum militarem. » (L. 3 pr., D. XLIII, 4.)

La *venditio bonorum* entraîne la dissolution de la société à laquelle appartenait l'insolvable : G. III, § 154. Notons aussi qu'une société constituant une personne morale, comme les sociétés de publicains, peut être frappée de faillite : cela résulte de la loi I D., *Quod cujusc. univ.*, III, 4.

Il faut noter enfin que si le débiteur *indefensus* vou-

lait judiciairement faire cesser l'effet de la *missio in possessionem* régulièrement obtenue, il était considéré comme *suspectus* et obligé à fournir caution : « quarum satisfationum duplex causa est : propter personam, velut si cum eo agitur qui decoxerit, cujusve bona creditoribus possessa proscriptave sunt, sive cum eo herede agatur quem prætor suspectum æstimaverit. (Gaius, IV, § 102). Cette solution résulte également de la loi 33 *in fine* D. XLII, 5 : « post bonorum possessionem sive ipse (debitor) sui, sive alius ejus defensionem suscipiat, debet satisfacere : ut..... judicium accipiatur et a possessione discedatur. »

Tels sont les principaux effets immédiats du décret d'envoi en possession, ou, comme nous dirions aujourd'hui, du jugement déclaratif.

La période qui suit est de transition ; elle sert de préparation à ce qui va suivre. Gaius nous indique la marche de la liquidation : s'il s'agit d'un débiteur vivant, le prêteur accorde un délai de 30 jours, qui est réduit à 15 pour les débiteurs décédés, et pendant lequel il est donné publicité à l'affaire. Des affiches étaient apposées dans les endroits les plus fréquentés de la ville, de sorte que créanciers et acheteurs éventuels se trouvaient ainsi avertis et en quelque sorte appelés.

C'est grâce à cette publicité que l'égalité entre créanciers s'établissait et n'était pas simplement un vain mot.

Ce délai expiré, la vente est poursuivie. Mais il est des cas où l'envoi en possession ne peut avoir cette suite extrême. Ainsi nous avons vu que l'absence du débiteur suffisait pour qu'on pût obtenir la *missio in possessionem* ; mais à l'égard de la vente, qui est un acte bien autrement grave, on exige qu'il y ait *latitatio* avec

intention frauduleuse de frustrer les créanciers. Pour celui qui est absent pour un service public, ou qui a été fait prisonnier par les ennemis, la vente sera différée jusqu'à son retour, et le pupille jouit de la même faveur ainsi que l'héritier du débiteur tant qu'il délibère.

En vue de cette vente, qui est une vente en masse, les créanciers se réunissent sur la convocation du magistrat et sous sa présidence, pour nommer un *magister* chargé spécialement de procéder à la vente. De sorte que, dans cette procédure de liquidation, les fonctions relatives à la gestion et à l'administration du patrimoine du failli et celles qui en visent la réalisation n'étaient pas confiées à la même personne : on dû, ce nous semble, éviter ainsi dans la pratique les lenteurs souvent calculées par lesquelles les administrateurs pour le compte d'autrui s'efforcent si souvent de perpétuer leur mission. A Rome, ce danger était conjuré par une sage division d'attributions : l'envoyé en possession, ou, si le prêteur en avait nommé un, le curateur gérât les biens, — mais c'est le *magister* qui avait mission de vendre.

Pour cette vente courait un nouveau délai de trente jours, qui était réduit à vingt jours seulement si le débiteur était défunt : « Quia de vivis curandum est ne facile bonorum venditiones patiantur. »

Pendant ce temps, les proscriptiones ou libelli mettaient et continuaient à mettre le public au courant de la situation du malheureux débiteur ; cette publicité durait jusqu'à la vente, et cela explique bien que l'expression *libellos dejicere* fût synonyme de faire cesser l'envoi en possession. « *Suspensum amici bonis*

libellum dejicio, creditoribus me obligaturus », écrit Sénèque (1).

A l'expiration de ce second délai, il était procédé à la vente, sur un cahier des charges appelé *lex bonorum vendendorum*, pour la publicité duquel il était ajouté une mise à prix au bas des affiches précédemment apposées. Ce cahier des charges avait été au préalable approuvé par le magistrat, après avoir été sans doute dressé avec une certaine diligence obligatoire (*paucis diebus elapsis*) par le *magister*.

Il est vraisemblable que c'est à partir de cette nouvelle autorisation du magistrat que courait le nouveau délai ci-dessus spécifié.

La vente se faisait aux enchères, et comprenait non pas tels et tels biens pris séparément et successivement, ainsi que cela se pratique aujourd'hui, mais l'ensemble des biens, le patrimoine entier du débiteur. Aussi disait-on qu'elle constituait un mode d'acquérir *per universitatem*. Quant au prix, il consistait non dans une somme d'argent déterminée, mais dans l'engagement pris par l'*emptor bonorum* de payer aux créanciers du failli un *dividende* : l'enchérisseur le plus fort, et partant l'adjudicataire, était celui qui offrait le dividende le plus élevé. Il est tout à fait vraisemblable que les *leges venditionis* fournissaient, à cet effet, tous les renseignements nécessaires au public pour pouvoir enchérir en pleine connaissance de cause, et par conséquent comprenaient l'indication précise de l'actif et du passif de la liquidation.

Il semble résulter d'un passage de Théophile, que le *magister* pouvait traiter de gré à gré avec des ache-

(1) Seneca : *De benef.*, IV, 12.

teurs : « Ille, dit-il, cum iis qui emere vellent contraherat ». Mais il est conjectural que ce texte doive s'entendre d'une vente amiable; je serais plutôt porté à n'y voir qu'une allusion à la faculté pour le *magister* de prendre certains arrangements en vue de faciliter l'adjudication, notamment dans la rédaction du cahier des charges. La publicité, en effet, est prescrite dans l'intérêt commun des créanciers et du débiteur, et il ne faut pas que celui-ci soit entièrement sacrifié à ceux-là; or, tel serait bien le résultat de la faculté pour le *magister*, si on la lui reconnaissait, de vendre à l'amiable. Ajoutons que les tiers eux-mêmes, comme on le verra plus loin à propos de l'action paulienne, seraient également soumis, dans cette opinion, aux mauvaises conséquences d'une vente amiable défectueuse.

Un point important pour nous doit être retenu, bien que les textes ne nous en fournissent aucun éclaircissement. Si l'acquéreur, le *bonorum emptor*, doit payer son prix sous forme de dividendes, il importe manifestement que le chiffre du passif puisse être fixé pour lui au moment de la vente, afin qu'il puisse porter enchère. Il est donc tout à fait vraisemblable, disons même tout à fait certain, que les créanciers retardataires devaient, à l'égard de l'acquéreur, supporter les conséquences de leur négligence, et que le profit de la vente leur était étranger : ils ne pouvaient pas prétendre de lui à un dividende. C'est en ce sens un retour forcé à la règle inévitable de la déconfiture : « Jura vigilantibus scripta sunt ». Il est à croire aussi, comme le dit Tambour, qu'il y avait lieu, comme dans notre faillite, à une vérification des créances : en effet, les créanciers étaient intéressés à ce que le chiffre ne fût pas exagéré, car

l'*emptor* se serait engagé à payer une fraction d'autant moindre (1). Si des conjectures nous sont permises même pour ne fournir que l'explication pratique des données du simple raisonnement, nous dirons que cette vérification des créances devait se poursuivre de la part des prétendus créanciers contre le curateur, puisque la nomination du curateur était nécessaire pour l'exercice des actions en justice (Voy. L. 14 pr. *De rebus auct. jud.* XLII. 5 précitée), et nous serions aussi, au besoin, tenté de reconnaître un certain pouvoir à l'assemblée des créanciers pour ce faire (Voy. L. 4, § 9, D. XL. 5, et L. 7, § 19 et L. 8 D. II. 14.) La présence du prêteur à ces réunions ou tout au moins l'autorisation donnée par lui à leur convocation, pouvait constituer un gage sérieux de la sincérité des vérifications.

Le *bonorum emptor* est le successeur universel du débiteur, dont le patrimoine a été vendu à l'encan. Par rapport à ce dernier il est *heredis loco* : la vente ne lui a pas, à la vérité, transféré le *dominium ex jure Quiritium*, mais elle l'a rendu propriétaire bonitaire. L'usucapion fera le reste.

Le *bonorum emptor*, investi des créances et des obligations du débiteur, n'agit ou n'est poursuivi (dans la limite du dividende promis) que par des actions utiles, soit sous la formule de l'action dite rutilienne, que le prêteur Rutilius avait imaginée lui-même, soit par celle de l'action servienne et sans doute aussi, pour les droits réels, parfois par l'action publicienne. Remarquons que poursuivant un débiteur, il doit lui tenir compte, sous

(1) V. Bonjean, § 394, note 4; § 395, n. 1 et 3; — Tambour, I, p. 220.

forme d'une *deductio* qui figure dans la formule comme une restriction à la *condemnatio*, de toute créance que ce tiers-débiteur pourrait avoir contre le failli : la compensation dans ce cas est bien plus large et complète que celle qui est opposée à l'*argentarius* (Gaius IV. § 65 à 68). On sait que sur ce point notre législateur moderne n'a point suivi le préteur romain. Le *bonorum emptor* est protégé par l'interdit *possessorium*.

Par le fait de la vente, le débiteur insolvable ne pouvait plus exercer d'actions contre les tiers *ex ante gesto* (1). Mais un passage de Gaius établit très-nettement que si le failli acquiert par la suite de nouveaux biens, les créanciers procéderont à une nouvelle vente (Gaius II, § 155) « quorum bona venierunt pro portione, si quid postea adquirant, etiam scēpius eorum bona veniri solent. » Nous en concluons qu'il était possible d'agir *ex ante gesto* contre le failli, et nous ne voyons dans la loi 25 *in fine. Quæ in fraud. credit.* que l'allusion à une opinion isolée d'un jurisconsulte, et non l'affirmation d'une doctrine contraire qui ne se justifierait guères en cette matière toute d'équité. Cette solution est, du reste, formellement exprimée pour le cas d'une cession de biens par la loi 1 C. *Qui bon. ced. poss.*

Enfin, la *venditio bonorum* entraînait l'infamie pour le débiteur, et les auteurs nous présentent une image très-sombre du sort qui lui était réservé : « quæ tanta calamitas inveniri potest? » s'écrie Cicéron (*Pro Quintio*, C. 15).

A l'égard des créanciers eux-mêmes, et entre eux, il convient de rappeler que nous avons ci-dessus admis

(1) Papinien, L. 40 D. *De operis libertorum*, XXXVIII, 1.

qu'il y avait lieu à quelque chose de semblable à nos vérifications de créances, et que l'apparition tardive de créanciers après la vente n'avait pas pour effet d'augmenter la somme des dividendes dus par le *bonorum emptor*. Mais la question se pose de savoir si les créanciers retardataires étaient forclos à l'égard de leurs co-créanciers : nous ne voyons pas pourquoi ils le seraient à l'égard du débiteur lui-même, si on admet avec nous qu'il y a possibilité d'agir contre celui-ci, *ex ante gesto*.

Entre créanciers, la loi romaine vise essentiellement à l'établissement de la parfaite égalité. M. Accarias laisse le prêteur en pleine conformité de vues avec ce but, en décidant que les créanciers n'encourent aucune déchéance faute de s'être associés « aux opérations « préliminaires de la vente. Tout ce qui résulte de leur « absence, c'est qu'ils n'exercent aucune influence ni « sur la nomination du magister, ni sur la rédaction de « la *lex bonorum vendendorum*. » Nous pensons, quant à nous, que la première proposition présentée par l'éminent interprète du droit romain est justifiée, mais nous avons peine à accepter la seconde, du moins dans la forme absolue et restreinte où elle est conçue. Tout ce qui, selon nous, résulte de la loi 5 *De Cur. bon. donand.*, citée par M. Accarias, c'est que le créancier retardataire aura le droit, *si cela est encore possible*, de participer à la vente, et d'en profiter avec les autres créanciers au marc le franc, *pro portione*. « Si.... mox extiterit alius qui se creditorem dicat : nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit.... » Il ne s'agit dans cette loi que de l'hypothèse où le créancier se

présente avant la vente, ou tout au plus après la vente en détail (*distractio*) de quelques-uns seulement des biens, car le texte apporte une confirmation très-précieuse à l'opinion, d'après laquelle, de très-bonne heure, la vente en masse dut être remplacée par la vente en détail (*distractio*), à raison précisément des difficultés que le système de la vente en masse présentait pour tenir compte des privilèges. Il n'est donc permis de tirer de ce texte qu'une seule conclusion, c'est que le créancier ne sera pas entièrement forclos sur les biens non encore vendus au moment de son intervention, bien qu'il soit resté étranger à la procédure. S'il a été distribué quelque chose aux créanciers plus diligents par le représentant de la faillite, *magister* ou *curator*, celui-ci n'encourra point de responsabilité. Telle est l'unique portée de ce texte.

Le jurisconsulte Paul examine la même question à propos de l'action de mandat (L. 22 D. *Mandati vel contra*, § 10), et il distingue entre diverses hypothèses pour fixer comme par un exemple les conditions d'application de l'action de mandat ou de l'action *negotiorum gestorum*. Construisons des espèces :

La vente est faite, mais, ce qui suppose ici encore que la vente n'est pas faite en masse, le curateur n'a point distribué le prix aux créanciers (1). On peut faire

(1) Dans la vente en masse, le *bonorum emptor* paye lui-même les créanciers, en leur versant les dividendes promis : ce procédé devint impossible à suivre, lorsque les comptes du passif durent être établis de façon à ce que des privilégiés fussent payés intégralement. C'est alors que le représentant de la masse fut autorisé à faire des ventes en détail, et à recevoir le prix lui-même. Notre texte se réfère à cette hypothèse. Peut-être le passage de Théophile que nous avons précédemment cité (p. 35), en l'expliquant un peu différemment, fait-il allusion, lui-aussi, à ces ventes séparées ?

l'hypothèse que la totalité des créanciers n'ait point participé à la procédure, et que par conséquent le syndic n'ait été investi de son mandat que par le vote des uns, les autres n'ayant pas assisté à l'assemblée. Dans cette situation, les jurisconsultes Labéon, Ofilius et Trebatius, ont décidé que l'action de mandat n'appartenait qu'aux premiers, et que les seconds n'avaient que l'action de gestion d'affaires contre le représentant de la faillite. Cela se comprend très-bien, car le mandat conféré par certains ne fait point obstacle à ce que le syndic ait eu l'intention de gérer aussi l'affaire des autres.

Mais si celui-ci, sur le mandat formel des créanciers présents, a distribué les fonds, ce sera tant pis pour les retardataires « *negotiorum gestorum actio absentibus non est.* » Il n'en serait autrement, poursuit le jurisconsulte, que si le mandat donné au syndic par les créanciers présents s'était inspiré de l'intérêt des absents, et c'est alors contre leurs co-créanciers que ceux-ci auraient l'action de gestion d'affaires. Que si les créanciers ont agi comme s'ils étaient seuls, sans penser à la possibilité qu'il y eût des retardataires, et s'ils ont conféré mandat dans cet ordre d'idées, c'est une action *in factum* qui sera donnée contre les co-créanciers.

On voit, par ce qui précède, que la situation des retardataires change selon qu'ils se présentent ou non avant la vente. Qu'il y ait eu à une époque forclusion dans les rapports réciproques des créanciers, c'est ce que la nature de l'action *in factum* en général et son importance pour l'appréciation de l'évolution historique du droit nous permettent de supposer. Le texte de la loi 5 *De cur. bon. don.*, qui est loin de présenter la solution de Paul comme certaine, puisqu'il suppose

que les distributions ne sont point faites ou tout au moins terminées, autorise également à penser que, la distribution régulièrement faite, les créanciers retardataires se trouvaient dans une situation amoindrie. Leur défaut de diligence a dû leur nuire, puisque le jurisconsulte suppose que la vente n'est pas encore un fait définitivement accompli quand il leur reconnaît encore le droit d'en profiter. Cela seul rend compte de ces expressions : « si mox extiterit alius.... » qui contiennent comme la réparation possible du retard et de l'indiligence des créanciers.

Ceci soit dit pour faire la part de vérité qui, selon nous, doit revenir à la doctrine pour laquelle le retard des créanciers entraîne leur déchéance. Mais, il n'est pas permis de négliger le droit d'exercer une action *in factum*, droit que le prêteur concéda aux créanciers pour rétablir l'égalité entre tous. Dès lors, la forclusion ne fut plus nécessairement la peine imposée aux retardataires. Mais cette action offrait, quant à son exercice, des difficultés importantes, que le réclamant devait vaincre avant d'obtenir sa quote part : c'est ainsi notamment que la preuve à administrer par lui devenait particulièrement compliquée en ce qui concernait le quantum de sa réclamation, et que celle-ci voyait décroître ses chances de succès à mesure que le passif et le nombre des créanciers de la faillite étaient plus considérables. Cet éparpillement engendrait fatalement la perte presque complète du profit de cette action *in factum*. Ajoutons que le prêteur n'accordait sans doute la délivrance de la formule que tout autant que le retard du demandeur était excusable, et ne portait pas préjudice aux autres créanciers, — et l'on verra qu'il est

un peu exagéré de dire que tout ce qui résultait de l'absence du créancier à la procédure, c'est simplement qu'il ne participait ni à la nomination du magister, ni à la rédaction de la *lex bonorum vendendorum*.

Il dut y avoir tout d'abord déchéance; et, plus tard, le prêteur accorda une action *in factum* lorsque les circonstances sans doute la rendaient désirable, pour le rétablissement de l'égalité entre les créanciers existant au moment de la vente.

Telle est, examinée au point de vue spécial de cette étude, la *venditio bonorum* du prêteur romain. On voit que cette institution réalisait, pour la liquidation des biens du débiteur, une application très-délicatement préparée et organisée du principe de l'égalité entre créanciers.

A l'époque de Justinien, la *venditio bonorum* ou vente en masse est remplacée par la *distractio bonorum* qui n'est qu'une vente en détail des biens du débiteur, « cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt. » ('*Instit. De success. sublati*s, *pr.*). Cette transformation du droit est rattachée à la disparition du système formulaire par un lien que Théophile constate également, mais qu'on ne peut apercevoir que par des conjectures incertaines. Quoi qu'il en soit, elle paraît déjà réalisée plus de deux siècles avant Justinien.

A l'époque classique, le procédé de la *bonorum distractio* apparaît déjà : mais il a, dans certains cas, le caractère d'une institution toute d'exception et de faveur (1). Un sénatus-consulte avait, en effet, décidé

(1) On a vu aussi précédemment que la *distractio bonorum* fut autorisée, en dehors de toute faveur, lorsque l'extrême complication des

que la *venditio bonorum* ne serait point appliquée, à raison de l'infamie qu'elle entraînait pour le *fraudator* aux *claræ* personne : par exemple aux sénateurs ou à leurs *uxores*. Gaius qui nous fixe ce point, en donne ainsi la raison : « Nam ut honestius ex bonis ejus quantum potest, creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia, vel a prætore, vel in provinciis a præside. » (L. 5, D. *de curat. furioso et aliis*, XXVII, 10). Un autre texte, la loi 9, *eod tit.*, fait également mention de la *distractio bonorum per curatorem*, et la présente comme facultative, faisant allusion sans doute à d'autres cas prévus par le sénatus-consulte (1).

Les biens étaient vendus par un curateur, non plus en masse et contre la promesse d'un dividende, mais en détail et par conséquent moyennant un prix à la distribution duquel les curateurs devaient veiller. Quant aux curateurs, ils étaient nommés par le magistrat sur l'avis des créanciers, comme cela a été dit pour la *venditio bonorum*, ou parfois peut-être par les créanciers eux-mêmes, *privato consilio*, sans l'intervention du magistrat. (L. 5. *De cur. bon. dando*. D., XLII, 7, déjà citée).

Cette manière de faire, présentait des avantages sur le système prétorien, — car l'obligation de vendre en masse exigeait, de la part des acquéreurs, une disponibilité importante de capitaux. Mais l'ensemble de cette procédure d'exécution sur les biens, sous Justinien, est

comptes de la faillite rendait la vente en masse impossible, notamment à raison de l'existence de *privilegia inter personales actiones*.

(1) Voy. la note précédente pour compléter cet aperçu sur les débuts de la *bonorum distractio* dans le droit classique.

loin, malgré cet avantage, de constituer un progrès de la législation.

Il faut remarquer, en effet, que dans la Const. 10 C. *De bonis auctor. jud. possid.*, VII, 72., Justinien accorde aux créanciers qui ne se sont pas fait envoyer en possession un délai de deux ans ou de quatre ans pendant lequel ils pourront profiter du bénéfice de l'envoi, et il paraît bien résulter des expressions employées par l'empereur, que la vente ne pouvait avoir lieu qu'après l'expiration de ce délai. On voit dès lors à quelles infinies lenteurs la liquidation était condamnée, et cela seul suffirait à attester la décadence. Mais il faut noter en outre, et nous y reviendrons, que, sous Justinien, l'exécution par voie de *missio in possessionem*, c'est-à-dire par procédure collective, ne s'appliquait guères qu'au cas de défaut du défendeur « *dum is severiores creditores formidans sese celaverit,* » et que, par conséquent, *le procédé de faillite* n'apparaît plus, à l'inverse de ce qui se passait sous le régime de la *venditio bonorum*, que comme exceptionnel. « Pour l'exécution d'une sentence, on employait plutôt la voie de la *pignoris capio*, de la saisie d'objets particuliers » (1).

Cette évolution du Droit romain est tout à fait remarquable. Elle signale le triomphe de la déconfiture sur la faillite, par l'abaissement de celle-ci au rôle de régime d'exception qu'elle possède encore dans la plupart des législations modernes.

Après avoir ainsi examiné la *venditio bonorum* et le régime qui lui fut substitué à la fin de l'époque classi-

(1) Tambour, I, p. 241.

que, il convient de montrer que le Droit romain n'avait pas eu l'unique préoccupation d'organiser *l'égalité* entre les seuls créanciers existant au moment de la *missio in possessionem*. Il sut aussi la rétablir à l'égard et à l'encontre des créanciers qui, dans le passé, avaient obtenu du débiteur des actes contraires aux droits de la masse, si, au même moment, la *missio in possessionem* eût pu être obtenue. Tel est le but de *l'action paulienne*, qui nous apparaît ainsi comme une phase dernière de la faillite : c'est à ce point de vue que nous devons nous placer pour en indiquer certains traits particulièrement saillants.

SECTION II.

L'action Paulienne.

Nous rappelons la question qu'il convient de résoudre ici et que nous avons posée plus haut (p. 22) : comment les créanciers non entièrement payés au moment de la *venditio bonorum* peuvent-ils imposer l'égalité à ceux qui, *antérieurement*, ont reçu satisfaction meilleure ?

La question est importante ; il faut noter en effet que tout acte qui engendre ou augmente l'insolvabilité d'un débiteur au profit d'un tiers, viole le principe d'égalité qui est la sauvegarde des créanciers, au profit de ce tiers, qu'il s'agisse d'un paiement, ou d'une aliénation, ou d'un contrat. L'égalité entre créanciers est, en quelque sorte, un droit qui s'impose aux tiers.

C'est dans cet esprit que le prêteur a organisé un système de révocation des actes faits par les débiteurs en fraude des droits de leurs créanciers : il a voulu, par

ce moyen, reconstituer au profit de la masse le patrimoine de l'insolvable.

L'édit nous est rapporté par Ulpien en ces termes :

« Ait prætor : Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his *curatori bonorum*, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo ; idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit, servabo. » (L. 1, D., *quæ in fraud. cred.*)

On le voit, cette action est donnée au *curator bonorum*, c'est-à-dire au représentant de la masse des créanciers ; elle tend à la reconstitution du gage commun des créanciers. C'est pourquoi le jurisconsulte Ulpien n'hésite pas à nous dire que telle fut bien l'intention du prêteur « consuluit creditoribus, » et que l'édit s'applique d'une manière générale à toute espèce d'actes « hæc verba generalia sunt et continent.... vel alienationem, vel quemcumque contractum, » pourvu que ces actes aient eu pour résultat de diminuer le patrimoine du débiteur « pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur. » (L. 6, *pr. eod. tit.*) Cette réserve indique bien qu'il s'agit de reformer le gage des créanciers.

Puisqu'elle appartient au curateur, l'action sera quant à son profit un avantage commun à tous les créanciers. Mais son exercice est subordonné à de certaines conditions :

Tout d'abord, elle est annale, et le délai d'un an commence à courir du jour seulement de la vente « annus hujus in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum ». (L. 10, § 18, *eod. tit.*). L'action n'est donc

bien, ainsi que nous l'avons dit, qu'une suite de la *venditio bonorum*.

Il faut que les actes incriminés aient été faits en fraude des droits des créanciers. Cette condition est importante, car elle contient une limitation du principe de l'égalité : l'acte sera opposable aux créanciers lorsqu'il ne sera pas frauduleux au sens de l'édit. Entre deux maux, le prêteur a choisi le moindre : il aime mieux voir les créanciers souffrir du retard qu'ils ont apporté à l'exercice de leurs droits que faire subir aux tiers de bonne foi la révocation de leurs contrats.

Dans cette limite, la règle de la déconfiture : « *Jura vigilantibus scripta sunt* » reçoit application : son principe est considéré comme supérieur à celui de l'égalité, quand l'application en est rendue doublement intéressante, et par la bonne foi du tiers qui s'en prévaut, et par l'antériorité de son titre par rapport à la date de la *missio in possessionem*.

Pour le passé, la faillite ne produit effet que par l'action paulienne, et celle-ci ne donne pas à la masse *pleine et absolue* satisfaction.

Ce qu'est cette condition « de fraude » exigée pour l'exercice de la paulienne, nous n'avons pas ici à le fixer. C'est affaire des ouvrages spéciaux sur la matière. La même observation doit être appliquée au point de savoir quels actes ne sont pas, en Droit romain, considérés, à raison des particularités de cette législation, comme pouvant diminuer le patrimoine du débiteur, et par suite sont soustraits à la révocation dont s'agit.

Mais il faut noter que, pour qu'il y ait fraude, il ne suffit pas que la *venditio bonorum* ait établi l'insuffisance des biens du débiteur pour remplir ses créanciers.

Il est nécessaire, en outre, d'établir que l'acte incriminé a eu pour résultat de créer ou d'augmenter cette insolvabilité; car, à cette condition seulement, les créanciers actuels seront qualifiés pour prétendre que leur gage a été soustrait et leur droit méconnu. Quant à la *scientia*, c'est un autre fardeau de preuve qui leur incombe également, sauf certaines distinctions à faire, dont le principe est déposé dans la loi 10 D. *eod. tit.* et la constitut. 5 *De revoc. his quæ in fraud.*

Cette action tend à l'égalité entre les créanciers; le texte de l'édit l'accorde au *curator*, c'est-à-dire à la masse des créanciers. Le bénéfice n'en est pas attribué au seul créancier fraudé, c'est-à-dire qui se trouve dans une situation telle qu'au moment où est intervenu l'acte à révoquer, il eût pu agir aussitôt. Il se partage entre tous, y compris même les créanciers postérieurs, qui, cependant, n'ont point à invoquer une prétendue diminution du gage qu'ils considéraient en contractant. Le caractère collectif de la faillite impose cette solution, qu'Ulprien confirme en ces termes : « Non tamen, si dicat aliquis, *offero quod debetur ei quem scio creditorem* audiendus erit, ut actionem eludat. » (L. 10, § 8, *Cod. tit.*) C'est, du reste, à l'exercice de l'action par l'un des créanciers que font allusion les mots de l'édit : « Vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, » et non à son émolument, qui doit être partagé.

C'est ainsi que l'action paulienne dont il est fait mention au Digeste a pour but de rétablir l'égalité entre les créanciers de l'insolvable, lorsque cette égalité est violée par des actes passés avec des tiers. Nous n'avons plus à nous arrêter que sur deux points : la paulienne s'applique-t-elle aux actes postérieurs à la *missio in posses-*

sionem? peut-elle entraîner la révocation d'un paiement?

La première question se résume à savoir quel est l'effet des actes consentis par le débiteur après l'envoi en possession. Nous avons déjà traité cette difficulté avec quelques détails à propos du *pignus prætorium*. Ce droit de gage accordé à la masse des créanciers faisait obstacle à l'exécution de ces actes sur les biens saisis, et l'on sait qu'il portait même sur les biens incorporels. Cette protection n'était pas la seule accordée aux créanciers. L'action paulienne elle-même, à défaut du *pignus prætorium*, leur appartenait, et il faut admettre que, dans ce cas, elle était accordée aux créanciers plus facilement que lorsque la date de l'acte était antérieure à l'envoi en possession : la connaissance de l'insolvabilité et de l'envoi en possession, qui résultait en effet de la publicité donnée à l'affaire, constituait une présomption suffisante de fraude. La loi, 10, § 16, précitée en contient une suffisante affirmation : Ulpien suppose qu'un débiteur s'est enfui, emportant son argent, et qu'un de ses créanciers s'étant mis à sa poursuite l'a rejoint et a pris paiement. « Placet Juliani sententia dicentis multum interesse antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea : si ante, cessare in factum actionem ; si postea, huic locum fore. » S'il en est ainsi pour le paiement fait au créancier, on est autorisé à conclure qu'il en est *a fortiori* de même pour les autres actes, car on verra plus loin que, pour l'exercice de l'action paulienne, le créancier vigilant qui a obtenu un *paiement* est particulièrement favorisé. Cette solution est, du reste, parfaitement conforme aux principes, car il est naturel que le

débiteur dépouillé de l'administration de ses biens soit également impuissant à en disposer ou à agir en justice : pour les actions en justice, du reste, on sait que la nomination d'un curateur est exigée. L'insolvable ne peut donc pas faire, après l'envoi en possession, d'actes opposables à la masse.

La seconde question présente également de l'intérêt. Nous avons vu que l'action paulienne s'applique à toute espèce d'actes, et que les termes de l'édit ont une portée tout à fait générale. Mais, à l'égard du paiement, les jurisconsultes romains ont établi une distinction selon que le paiement est d'une dette échue ou d'une dette non échue. Dans ce second cas, l'action paulienne sera recevable et les textes en donnent cette raison fort judicieuse : « Nam prætor fraudem etiam in tempore fieri intelligit » (loi 10, § 12, et l. 17, § 2 *in fine*, *cod. tit.*), et il en est de même pour la constitution de gage lorsqu'il s'agit d'une dette antérieurement contractée : « Si in vetus creditum pignus acceperit : hac actione tenebitur, ut est scœpissime constitutum ». Ces actes sont considérés comme rentrant dans le droit commun.

Mais à l'égard du paiement d'une dette échue et exigible, les principes de l'action paulienne reçoivent dérogation. Le créancier qui est payé touche ce qui lui appartient, et l'on peut dire que puisque le débiteur peut être contraint à payer, il ne fait pas de fraude en payant. Ulpien, dans la loi 6, § 7, exprime ainsi cette solution : « Sciendum Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum

suum recepit, hunc in portionem vocandum, exœquandumque cœteris creditoribus ». Scævola, dans la loi 24 *in fine*, écrit avec raison : « Vigilavi, meliorem meam conditionem feci; *jus civile vigilantibus scriptum est* : ideo non revocatur id quod percepi. »

Notons cependant que la doctrine de Julien recevait une exception, approuvée par Julien lui-même, lorsque le créancier qui reçoit son paiement ne peut pas opposer sa propre diligence à la négligence des autres créanciers. Il suffit, en d'autres termes, que le créancier qui attaque le paiement ait été lui-même diligent, pour que le paiement puisse être révoqué par l'action paulienne, — si par ailleurs les conditions d'application de celle-ci sont bien dans la cause : « Ne alterius cupiditas, huic qui diligens fuit noceat ». Et le jurisconsulte Paul, dans la même loi, s'empresse de donner un exemple : « Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, æquum esse, aut prius eamdem portionem mihi quœri, aut communicandum quod accepisti : et hoc Julianus ait ». (L. 6, § 2, *De reb. auct. jud. poss.*, XLII, 5.) Dans cette espèce, il y a eu de la part des deux créanciers une diligence égale, puisque l'un et l'autre ont réclamé paiement : *utroque instante*. Il est donc juste que le principe d'égalité soit respecté à l'égard de l'un et de l'autre.

Mais en dehors de ce cas exceptionnel, le paiement même amiable d'une dette exigible est soumis à la règle de la déconfiture, et soustrait à celle de la faillite.

Nous en avons fini avec l'action paulienne. Ce qui précède suffit en effet pour montrer que cette action fut organisée par le prêteur en vue d'accorder protection au droit à l'égalité qu'il a reconnu aux divers créanciers

chirographaires de l'insolvable. On a vu que l'exercice de cette action était subordonné à de certaines conditions, et qu'il y était apporté des exceptions; ces réserves étaient, au fond, une atténuation du procédé de la faillite.

SECTION III.

Pignus ex causa judicati captum.

Le système qui nous a occupé précédemment s'inspire de l'égalité entre créanciers; il représente l'application du principe de la faillite. Mais, pour avoir été le plus important dans la pratique romaine, ce système n'a cependant pas été appliqué à l'exclusion de celui de la déconfiture. Nous avons déjà montré que, dans les détails de son organisation, il laissait quelques places à la théorie des droits du plus vigilant.

Sans quitter le terrain même des voies d'exécution sur les biens, nous rencontrons une institution du droit prétorien qui, par sa ressemblance avec la saisie, apparaît comme un moyen de mise en pratique du principe de la déconfiture, — c'est le *pignus ex causa judicati captum*.

Il était conforme aux progrès de la civilisation que l'élimination se fît, dans les rapports de créancier à débiteur, des difficultés pratiques que comporte la *venditio bonorum*. Du reste, celle-ci était tellement sévère par ses effets que le prêteur dut songer à y porter remède.

L'époque des *legis actiones* avait, comme on l'a vu, un mode d'exécution sur les objets particuliers, qui était comme une faveur exceptionnelle accordée à certaines créances, la *pignoris capio*. Les textes de l'époque clas-

sique mentionnent le *pignus captum*, sans le rattacher à autre chose qu'à l'exécution d'une sentence rendue, quelle que soit la nature de la créance elle-même. C'est donc un procédé général et non plus une faveur exceptionnelle.

Si nous ajoutons, ce qu'on verra plus loin, que la voie de cette saisie prétorienne s'appliqua aux objets les plus divers, même aux créances, — on verra qu'une question des plus graves se pose ici tout naturellement : quelle fut la limite des cas d'application respectifs soit de la faillite (*venditio bonorum*), soit de la déconfiture (*pignus giudiciale*)? Pourquoi ces deux moyens d'exécution si différents ?

Le problème est délicat : examinons les textes.

« Nous trouvons, dit Maynx (t. I, p. 886), la saisie employée comme un moyen de contrainte par les magistrats de la République et des premiers temps de l'Empire ». Cicéron, Tite-Live et Tacite font mention de ce pouvoir des magistrats. La loi 1, § 3, *De inspiciendo ventre*, XXV, 4, d'Ulpien, est très-claire sur ce point : « Cogenda (mulier) erit *remediis Prætoris* et in jus venire et... respondere : pignoraque ejus capienda, et distrahenda si contemnat. » Il s'agit d'une voie de contrainte.

Paul, dans la loi 9, § 6, *Ad legem Juliam peculatus*, XLVIII, 13, parle également de ce procédé, en relatant une opinion de Labéon, d'après laquelle, lorsque la dette envers l'*ærarium* a le caractère d'une dette ordinaire, le débiteur doit être traité en conséquence, c'est-à-dire comme le sont les débiteurs en général : par exemple, dit le jurisconsulte, il pourra être pris un gage « eam (pecuniam) ab eo is, qui hoc imperio utitur, exigeret, id est

pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo. » La raison de cette solution de Labéon est donnée : « *quia eam privatus fisco debet.* » C'est donc que, par ce moyen, on arrivait à satisfaire effectivement le créancier, et qu'il constituait plus qu'une simple voie de contrainte. Cela résulte également de la loi 31, *De re judicata*, XLII, 1 : « *eorum qui..... non reddiderint, pignora capi : ea que si intra duos menses non solverint vendantur.* » Dans cette espèce, il s'agit de l'exécution d'une condamnation, et la *pignoris capio* apparaît tout autrement que comme simple voie de contrainte, puisque le texte exige, par la suite, que l'excédant du prix de vente sur la dette soit rendu au débiteur libéré.

Ulpien, dans la célèbre loi 15, *eod. tit.*, fait mention d'un rescrit d'Antonin le Pieux, qui paraît bien, du reste, être le même que celui dont la loi 31 nous rapporte le texte, et dans lequel l'empereur semble surtout s'occuper de réglementer la pratique et la forme de cette *pignoris capio*. La loi d'Ulpien présente le procédé sous les termes les plus généraux : « *A divo Pio rescriptum est, magistratus populi romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederunt.* » Il s'agit, on le voit, de l'exécution des sentences, et aucune limitation n'est apportée au pouvoir des magistrats : au contraire, la suite du texte d'Ulpien montre que l'application du *pignus* se faisait aux objets les plus divers. A cette époque, le procédé a la réglementation développée des institutions juridiques les plus parfaites.

Si nous ajoutons à cette observation que les derniers textes cités attribuent cette réglementation à un rescrit d'Antonin-le-Pieux, alors que les rescrits visaient bien plutôt la confirmation et la fixation de l'usage que l'in-

introduction d'un droit nouveau, on verra que le *pignus ex causa judicati captum* doit son origine à une pratique bien antérieure à l'époque de cet empereur. C'est du reste ce que confirment les termes employés par la C. 1, *Si in caus. judic.*, C. VIII, 23 : « Sæpe rescriptum est. »

Les textes ne nous fournissent donc pas la réponse cherchée, puisque nulle part il n'est assigné de champ d'application particulier ni à la *venditio bonorum*, ni à la saisie prétorienne, et que l'une et l'autre sont présentées comme ayant le caractère général d'une voie d'exécution ordinaire. Il convient cependant de prendre parti, car on ne saurait concevoir que deux procédés aussi différents pussent être employés indifféremment par les créanciers munis d'une sentence.

Le développement historique du droit peut fournir l'éclaircissement de cette difficulté, et dans les textes nous trouverons, à défaut de la preuve résultant d'une affirmation nette et catégorique, certaines traces conformes à notre manière de voir.

La *venditio bonorum*, nous l'avons vu, perdit son autorité à la fin du droit classique. Justinien nous dit : « Bonorum venditiones cum extraordinariis judiciis expiraverunt. » (*Inst.* III, XII). Et la *missio in possessionem creditorum*, avait, à l'époque de cet empereur, perdu la plus grande partie de son importance. Aussi n'est-il question de cette procédure au Code, dans le titre qui lui est consacré (*de bonis auct. judicis possid, seu venundandis* et de *separat. bonorum*, VII, 72) qu'à propos d'hypothèses où le débiteur est *indensus* : « Si bona debitoris tui vacare constet, in possessionem eorum mitti te a competente iudice recte postulabis. » (5 C. *eod. tit.*). De même la constitution

suivante suppose que le débiteur commun est décédé pour l'accorder, et admettre la distribution « æquali portione, » c'est-à-dire sous la loi de faillite, des deniers à provenir de la vente. La loi 9 fournit un argument en faveur de notre opinion : s'il est constant que je sois créancier, si mon débiteur est *indefensus*, les empereurs Dioclétien et Maximien déclarent que je ne pourrai réclamer l'envoi en possession que « ad exemplum edicti ; » c'est-à-dire que les dispositions de l'édit n'étaient plus en vigueur déjà à cette époque.

La constitution 10 de Justinien dont nous avons eu déjà à parler, et qui régleme certains points de la *missio in possessionem*, et notamment impose certains délais pour la vente, suppose, elle aussi, que le débiteur « *severiores creditores formidans, sese celaverit.* »

Nous en concluons que la *missio in possessionem*, ou, si l'on préfère, la faillite ne frappe plus dans le dernier état du droit que le débiteur *indefensus*. Et en cela nous sommes en parfait accord avec Tambour.

La déconfiture, au contraire, a suivi une marche inverse : la saisie des objets particuliers du débiteur est le procédé par lequel elle se réalise. En droit romain, ce procédé ne se développe que tardivement, et c'est pourquoi les auteurs rapportent à Antonin le Pieux l'honneur non point de l'avoir créé, mais de l'avoir complètement organisé, notamment en en réglant les formes, et en étendant les objets sur lesquels il pourra porter.

Avant l'époque d'Antonin, la *pignoris capio* dut être plutôt une voie de contrainte dont se servait le préteur pour faire respecter ses décisions. Cette manière

de voir est bien conforme à l'idée que nous nous faisons des pouvoirs du magistrat romain, et de ces *remedia prætoris* dont il est fait mention : et c'est assurément par un souvenir de cette pratique, que le jurisconsulte Callistrate, en nous rapportant le rescrit d'Antonin le Pieux l'applique à un cas où la mauvaise volonté du débiteur lui faisait différer le paiement, bien plutôt que son insolvabilité. Ce texte, selon nous, contient comme un écho de l'époque, où la *pignoris capio* n'avait pour but que de forcer l'obéissance due aux ordres de l'autorité. Mais quant au rescrit lui-même il ne parle point de cette condition, et, par conséquent, ne la considère pas comme exigible. A l'époque où vivait Ulpien, il est certain que la *pignoris capio* s'appliquait d'une façon très-générale, et constituait une voie d'exécution forcée des jugements, dont connaissaient les magistrats.

Cette procédure d'exécution se substitua peu à peu à la *missio in possessionem*, et, à l'époque de Dioclétien, il paraît bien que la révolution est faite. La faillite est remplacée par la déconfiture, pour l'exécution des jugements.

Il faut remarquer, toutefois, que la substitution n'est pas complète car le *pignus ex causa judicati captum*, ne s'appliquait nullement au cas de cession de biens, d'absence du débiteur ou de manque de défense. Dans ces hypothèses, la liquidation s'opérait au marc le franc entre créanciers.

Les considérations qui précèdent permettent donc de répondre à la question : il n'y eut pas confusion entre le système de la faillite, représenté par la *missio in possessionem* accordée aux créanciers en masse, et le système de la déconfiture, représenté par la conces-

sion de gages accordée au créancier diligent qui a pris jugement. Des deux systèmes le premier fut, peu à peu, réduit à certains cas d'application, tandis que l'autre profitait du terrain perdu par son concurrent : telle fut l'évolution du droit romain, à ne considérer que les modes d'exécution sur les biens.

Nous n'avons pas ici à exposer les principes d'une procédure de saisie en droit romain : c'est affaire aux ouvrages spéciaux.

SECTION IV.

De la bonorum cessio.

Le droit des créanciers sur leurs débiteurs était cruel et barbare, dans les origines surtout du droit romain. Il était dans l'ordre naturel du progrès que des adoucissements y fussent apportés : « Il y a dans les choses humaines, a dit Renouard, une perpétuelle réaction contre ce qui est excessif. »

On a, sur la foi d'un texte de Varron, voulu attribuer à Sylla l'honneur d'avoir introduit la *bonorum cessio*. Mais il est aujourd'hui très-généralement admis que le passage de cet auteur ne nous est parvenu que très-sérieusement altéré et que c'est à la loi *Pœtelia* (dont il a déjà été parlé) qu'il se rapporte et non à la rogation adressée à Sylla par le Popilius qui figure dans cette version : « Hoc C. Popilio rogante Sylla dictatore sublatum ne fieret et omnes qui bonam copiam jurarent, ne essent nexi, dissoluti » (1).

Ce *juramentum bonæ copię* se présente donc à nous

(1) Varron, III, 103.

comme une disposition de la loi *Pœtelia*, c'est-à-dire comme formant une des conditions de l'affranchissement des *nexi* et de la disparition du *nexum* pour l'avenir. Tite-Live, nous l'avons dit, nous rapporte en effet que cette loi avait surtout pour but de substituer la garantie des biens du débiteur à celle de la personne physique, dans les rapports avec les créanciers.

Les interprètes ne sont pas d'accord sur la portée et le sens de ces mots : *bonam copiare jurare*. D'après Keller, Maynx et beaucoup d'autres, la loi *Pœtelia* aurait libéré du *nexum*, ceux qui auraient affirmé par serment qu'ils *avaient de quoi payer*. Telle serait la signification de ces mots. Nous répugnons à admettre cette manière de voir, parce que ce serment, ne pouvant être prêté que par les débiteurs solvables, eût été pour la plèbe chargée de dettes un empêchement permanent au bénéfice et aux avantages que lui apporta certainement cette loi. L'opinion que nous examinons enlève, pour ainsi dire, à cette loi bienfaisante toute son efficacité.

Selon d'autres, *jurare bonam copiam*, c'est jurer qu'on ne peut pas payer ses créanciers. Cette interprétation nous paraît préférable à la précédente, en ce qu'elle ne tombe pas sous la même objection. Mais nous pensons encore qu'un pareil serment eût été vraiment insuffisant, et trop aisé à prêter, — car il eût abouti pour le créancier à une sorte de spoliation sans phrase, — et on ne voit pas en quoi la condition imposée au débiteur eût pu constituer une garantie quelconque pour son créancier.

L'opinion de M. Giraud (Des *nexi*, p. 119) nous paraît la meilleure. Il voit dans ce serment la promesse de mettre loyalement sa fortune entière à la disposition de

ses créanciers. Par cette interprétation les expressions de Tite-Live deviennent très-claires, et on se rend parfaitement compte que les débiteurs *de bonne foi* fussent désormais affranchis des horreurs du *nexum* et de l'emprisonnement. C'est en ce sens que l'historien de Rome peut dire : « Pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium; nexi soluti; cautumque ne in posterum necterentur. »

Il est donc permis de voir dans cette disposition de la loi *Pœtelia*, l'origine de la *bonorum cessio*, ou abandon de biens consenti par le débiteur à ses créanciers. Mais cela est assez conjectural, car la loi *Pœtelia* ne visait selon toute probabilité que les *nexi*. Cependant, il est permis de supposer qu'elle visait également tous les débiteurs, car elle supprima le *nexum* pour l'avenir, et le *juramentum bonæ copię* subsiste certainement au temps de César : la preuve en est dans le texte de la *Tabula Heracleensis*, qui n'est pas, dit-on, autre chose que la *lex Julia municipalis*, et qui en fait mention expresse.

Quoi qu'il en soit, on attribue généralement l'introduction de la cession de biens à l'une des *leges Julię*. Telle est l'opinion de Keller, et en cela il est logique avec lui-même, étant donnée son interprétation du sens des mots « bonam copiam jurare. » Mais si on veut leur reconnaître avec nous un sens différent, il faut rattacher la cession de biens à la loi *Pœtelia* elle-même, et n'attribuer à César que l'honneur d'avoir, sans doute mieux que ses prédécesseurs, su régler la matière et la généraliser. C'est ainsi que nous serions tenté de comprendre les textes qui rattachent la cession de biens à la *lex Julia* (G. III, 78).

Quoi qu'il en soit, la cession de biens eut grande for-

tune dans la législation et la civilisation romaines. Nous dirons seulement que les biens abandonnés par le débiteur à ses créanciers étaient liquidés d'après les règles organisées par le préteur pour la *venditio bonorum*, c'est-à-dire suivant le principe de la faillite. Elle subsiste sous Justinien, débarrassée sans doute des formalités anciennes, qui étaient vraisemblablement assez grandes, si on s'en rapporte au texte de la *constitut. 6 Qui bon., ce., VII, 71*, laquelle parle à ce propos de la « *scrupulositas* » des lois anciennes. Justinien la conserve donc, et elle représente à cette époque le cas d'application le plus considérable du principe de la faillite; car le débiteur présent fera cession de biens, souvent sans doute, pour éviter la contrainte par corps. J'ajoute que Justinien en compléta et en perfectionna l'usage.

Dans la *constitut. 8 Eod. tit.*, cet empereur est préoccupé, à l'égal de notre législateur moderne, d'améliorer la situation du débiteur et de le soustraire à l'atteinte morale que la faillite comporte. Il accorde, en conséquence, à ce débiteur la faculté d'obtenir de ses créanciers qu'au lieu de leur faire cession de biens, il jouisse d'un *délai* de cinq ans, pendant lequel il échappera à la prison et conservera son *existimatio* complète : « *Electio detur creditoribus vel quinquennale spatium eis indulgere, vel bonorum accipere cessionem, salva existimatione, et omni corporali cruciatu semoto.* » Il fallait pour cela que les créanciers fussent appelés à voter sur la question, et le vote qui l'emportait était celui qui avait rallié la majorité des créances, non des créanciers. A égalité, les « *induciæ*, » par raison d'humanité, devaient l'emporter sur la « *cessio*. » Cela revenait, on le voit, à organiser un système préventif de la faillite

par la concession d'un délai émanant des créanciers eux-mêmes.

Pour terminer, il faut noter la Novelle 135 de Justinien, comme fournissant sur les mœurs de cette époque et le caractère qu'y revêtait la cession de biens de curieux renseignements. Il paraît que les magistrats avaient la tendance de contraindre et forcer les débiteurs à faire cession de biens à leurs créanciers. Justinien réprime cette pratique abusive, en faisant ressortir qu'il est, après tout, parfaitement compréhensible que le débiteur ne veuille pas mourir déshonoré : « Usque ad mortem premi opprobrio ignominiaë. »

A cette époque, la faillite est représentée surtout par la cession de biens.

En cette première partie, nous avons examiné la part qu'il convient de faire au système de la faillite et à celui de la déconfiture dans les diverses institutions du Droit romain touchant les droits des créanciers sur leurs débiteurs.

Il nous reste à poursuivre le même examen à travers l'étude de certaines hypothèses, où la nécessité d'une liquidation à opérer a inspiré et dicté aux jurisconsultes de Rome l'adoption soit du système de la faillite, soit de celui de la déconfiture. Nous nous occuperons, dans le chapitre I de la seconde partie, de la *liquidation des pécules*, et, dans le chapitre II, nous présenterons quelques observations tirées de particularités intéressantes pour notre sujet que présente le droit successoral.

DEUXIÈME PARTIE.

TYPES DIVERS DE LIQUIDATION.

CHAPITRE PREMIER.

De la Liquidation des Pécules.

Il était d'usage, à Rome, que le chef de famille pour aiguïser le zèle et le dévouement des siens, leur concédât des pécules. Par ce moyen, fils de famille et esclaves étaient placés à la tête d'une sorte de patrimoine, à la prospérité duquel ils se trouvaient personnellement intéressés. Cet usage se développa beaucoup avec la fortune de Rome, car les citoyens romains ayant des intérêts considérables à sauvegarder, et parfois même sur des territoires très-éloignés de Rome, durent avoir recours à autrui pour leur administration. Ils se servirent tout naturellement des personnes placées sous leur puissance. La combinaison réussit, grâce aux amendements que le préteur apporta à la rigueur du droit civil.

La difficulté à surmonter était sérieuse. On sait que les personnes *alieni juris* ne peuvent pas être propriétaires : leur maître avait donc, malgré la concession par lui faite, conservé le droit de propriété, et par suite il pouvait, à son gré, révoquer le pécule. Tout acte qui

dépouille le pécule est donc nuisible, fâcheux pour le *paterfamilias* lui-même. Or, on sait que, d'après le droit romain, les personnes *alieni juris* ne peuvent faire aucun acte qui rende pire la situation du citoyen romain sous la puissance duquel elles sont placées. De telle sorte que le fils ou l'esclave pouvait bien acquérir pour son maître, mais il ne pouvait, en vertu de ce principe, ni l'obliger, ni aliéner ses biens.

Il est clair que, dans ces conditions, les tiers ne pouvaient traiter en toute sécurité avec les fils de famille ou les esclaves : les contrats unilatéraux étaient seuls possibles. Le prêteur intervint, et grâce à de certaines *adjectiones* insérées dans la formule des actions résultant du contrat intervenu avec une personne *in potestate*, il permit aux tiers d'intenter leur action contre le *paterfamilias* lui-même. Il créa dans ce but six actions : l'actio quod jussu, l'actio institoria, l'actio exercitoria, l'actio de peculio, l'actio de in em verso, et l'actio tributoria.

Nous n'avons rien à dire ici des trois premières actions : le maître, en effet, est tenu *in solidum* pour la totalité des obligations contractées soit sur son *jussus*, soit par son préposé. Dans ce cas, il n'y a point lieu à une liquidation, c'est-à-dire à un concours de créanciers sur l'actif du pécule. La même observation s'applique à propos de l'*in rem versum*, le maître étant tenu personnellement et sur tous ses biens à raison de son profit.

Mais nous devons, au contraire, retenir l'action de *peculio* et l'action tributaire ; ici, en effet, on se trouve en présence de la liquidation d'un pécule, puisque, d'après les principes, le maître n'est tenu que sur les biens ayant constitué le pécule, et la question se pose de savoir si

cette liquidation sera opérée suivant les règles de la faillite ou selon le mode de la déconfiture.

Avant de résoudre cette question, il convient de remarquer que le soin de procéder à la liquidation revient au maître. Lui seul peut être assigné : « Quod servo debetur, ab extraneis dominus petet recte : quod servus ipse debet, eo nomine in peculium, et si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur. » (41 *D. de peculio*, XV, 1). On sait du reste qu'avec l'esclave il n'y a pas d'*actio* : « Cùm servo nulla actio est », dit Gaius (107, *De reg. jur.* L. 17). Quant aux obligations des fils de famille, quoique sanctionnées par voie d'action, elles devaient également être poursuivies *de peculio* contre le *paterfamilias* : « Papinianus scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri ». (L. 3, § 11, *D. de peculio*.)

Mais les esclaves et les fils de famille peuvent faire des paiements pour dettes pécuniaires lorsqu'ils ont la *libera administratio* du pécule (l. 84, *D. de solutionibus*, XLVI, 3).

Avant d'aborder l'examen des principes de la liquidation des pécules, précisons les limites qu'il convient de reconnaître à l'application de nos deux actions ; or, il est certain que le *criterium* se trouve dans la nature des opérations auxquelles le pécule a donné lieu.

S'il s'agit d'un pécule dont les affaires étaient commerciales, c'est l'action tributoire qui doit être exercée ; — dans le cas contraire ce sera l'action de pécule.

On a souvent nié que les Romains eussent même soupçonné notre division moderne des actes commerciaux et des actes civils. S'il en était ainsi, la distinction — fort importante, on le verra —, à faire entre le

pécule commercial et le pécule non commercial se présenterait à l'interprète comme une véritable impossibilité. « Il n'y avait, écrit Ihering, qu'un seul droit pour « tous, sans distinction de caste, de profession ou de « résidence. » Le célèbre auteur ajoute aussitôt que « l'influence qu'exerçaient la profession ou la position « sociale était presque nulle. »

Nous n'hésitons pas à admettre cette conclusion des méditations d'Ihering sur l'Esprit du Droit romain. Il nous paraît surtout qu'elle s'applique très-bien à la loi des Douze-Tables, qui fut, selon Tacite, l'égalité extrême du droit : *finis œqui juris*. Mais, pour apprécier la véritable importance des institutions juridiques romaines, il faut tenir compte des habitudes et des goûts qui furent ceux des Romains. Or, à ce point de vue, on constate que le négoce n'a jamais été, à Rome, considéré ni honoré : les personnages les plus importants de la cité dédaignaient de s'y adonner. Il semblait que d'autres devoirs, plus urgents, dussent accaparer l'activité du citoyen romain. C'est assurément à cet ordre d'idées qu'il convient de rattacher l'interdiction formelle du commerce pour les sénateurs.

Mais nous savons aussi qu'à défaut d'une interdiction légale, l'usage fut cependant, à Rome, de confier aux esclaves et aux affranchis les affaires du commerce. Les riches et les puissants, par ce procédé, arrivaient à profiter des bénéfices réalisés dans le commerce par les esclaves qu'ils possédaient, tout en évitant, — pour leur *existimatio*, — l'effet parfois fâcheux qui peut résulter des menues exigences du trafic. (Cic., *De off.*, I, 42.)

C'est pourquoi ne nous étonnons pas de voir signaler la distinction des actes commerciaux et des actes non

commerciaux à propos de nos deux actions, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de liquider des pécules.

Au surplus, les particularités du Droit commercial romain ne sont nées, pour la plupart, qu'à une époque avancée, par le développement du Droit prétorien. Le préteur suivit en cela l'inéluctable nécessité à laquelle obéissent toutes les législations : celle de tenir compte des besoins que l'expérience révèle. Or, le commerce a ses besoins, et les jurisconsultes romains l'ont bien vu. On en cite ordinairement comme preuve l'organisation particulière de la compensation de l'*argentarius*, l'*actio receptitia* donnée contre lui, l'*actio* contre son *socius*, le droit particulier des sociétés de publicains, les actions exercitoire et institoire, et enfin notre action tributaire. Mais, selon nous, la théorie juridique du commerce ne se trouve véritablement que dans le Droit des pécules.

Les autres exemples cités ne démontrent qu'un seul point, c'est que, dans certaines situations auxquelles aujourd'hui nous reconnaissons le caractère de commercialité, les Romains n'ont pas hésité à introduire des dérogations au droit commun, que l'unique sentiment des nécessités de la pratique commerciale est de nature à expliquer. Mais ce ne sont que des cas isolés, — nullement reliés entre eux par une doctrine d'ensemble, et la théorie du commerce, qui selon nous a été connue par les Romains, n'apparaît que dans la réglementation de nos deux actions.

Nous prétendons que les Romains ont su apprécier les exigences particulières de la vie commerciale, et que cette appréciation a été traduite dans le domaine du droit. Nous avons à montrer qu'elle s'y est traduite

notamment par *une distinction des actes commerciaux et des actes non commerciaux*.

L'action tributaire, d'après les termes de l'édit même du prêteur, n'avait lieu qu'autant que l'esclave s'était livré au commerce. Ulpien, qui commente l'édit, doit nous fixer sur l'exacte portée de cette condition. Il s'exprime en ces termes : « Licet *mercis* appellatio augustior sit, ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius lib. 15 scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum » (l. 1, § 1, *De tributaria actione*, XIV, 4). Ce texte signifie : Bien que l'expression de *mercis* employée par le prêteur soit trop étroite pour pouvoir s'appliquer aux esclaves qui exercent la profession de foulons, de tailleurs, de tisserands ou de marchands d'esclaves, malgré cela le jurisconsulte Pedius écrit dans ses ouvrages que la disposition de l'édit doit être étendue à toutes espèces de négoce.

Il résulte de ce texte, que déjà, à Rome, la distinction établie par le prêteur pour la qualification des actes commerciaux était délicate à préciser, et que parfois on cherchait, comme chez nous, à en élargir la base. C'est ce que fit, sans doute, le jurisconsulte Pedius, et nous sommes autorisés à penser que sa manière de voir ne triompha pas, et n'est citée par Ulpien qu'à titre de renseignement, puisque, au même titre, ce dernier, sous la loi 5, § 4, écrit : « *Mercis nomine merito adjicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributariam inducat* ». Ces mots contiennent la réfutation du système de Pedius, et l'affirmation nette de l'opinion contraire d'Ulpien.

Il fallait, pour que l'action tributaire fût admise, et par suite pour que la commercialité du pécule fût

établie, que l'esclave eût fait un négoce, mais non point toute espèce de négoce : les termes de l'édit exigeaient que ce négoce eût porté sur la « *merx* » *peculiaris*.

Cette double condition est nettement formulée dans la loi 3, § 1 : « Si servus.... merce peculiari negotietur », et résulte également du fait tout à fait significatif que, par la suite, les expressions *merx peculiaris* ou *negotiani* sont employées séparément et indifféremment l'une pour l'autre, *brevitatis causa*.

Pour que le pécule soit commercial, il faut donc que l'esclave ait fait du négoce, c'est-à-dire qu'il se soit livré habituellement au trafic de certaines marchandises. L'expression de négoce suppose en effet une série d'actes suivis d'achats et de ventes, et un fait isolé, même eût-il porté sur un objet constituant véritablement une *merx* au sens de l'édit, serait insuffisant.

Nous aurons présenté toute la théorie romaine sur les actes de commerce, si nous parvenons à préciser ce qu'on entendait à Rome par l'expression de *merx* « *mercis nomine*. »

Le texte que nous avons ci-dessus rapporté, en éliminant certaines catégories, nous permet, par voie de généralisation, d'affirmer que les industries et les manufactures ne tombaient pas sous les termes de l'édit : car le travail de l'homme ne pouvait pas être considéré comme l'objet d'un négoce, ni comme une *merx*. Mais, si les tailleurs, les dégraisseurs et les tisserands n'étaient point visés, — au contraire, les marchands de confectious et de tissus étaient frappés : « *duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam* » (l. 5, § 15.)

Nous en concluons que le producteur n'était point considéré comme rentrant dans les termes cités ; celui-

là seul y était compris qui se livrait aux échanges des produits eux-mêmes.

Tous les objets d'échange étaient-ils compris sous la dénomination de *merces* ? Je ne le pense pas. Il fallait n'appliquer l'édit qu'à ce qui, par sa nature, se prête facilement aux opérations du négoce. Un esclave, par exemple, n'a point cette qualité, et c'est pourquoi nous avons vu que le trafic des esclaves ne donnait pas ouverture à l'action tributaire.

D'après Dirksen, par le mot *merx* il faut entendre toute chose qui s'achète et se vend « *res quæ emitur vendituræ* ». Et c'est pourquoi on aurait pu être tenté de placer les esclaves eux-mêmes sous cette catégorie de choses. Mais le jurisconsulte Africanus nous dit : « *mercis appellatione homines non contineri, Mela ait : et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait : et recte.* » Nous en concluons qu'il y avait certaines choses qui, par leur nature, répugnaient à l'application de l'Edit, et nous inclinierions volontiers à penser que le prêteur avait voulu seulement commercialiser celles qui peuvent faire l'objet d'un trafic rapide, et qui dans un fonds se remplacent aisément. Il s'agirait seulement, par suite, du commerce des choses fongibles, des *res quæ pondere, numero mensurave constant*. Tous les exemples qui nous sont fournis par les textes, ne se rapportent qu'à ces sortes d'objets. (Voy. Gaïus, l. 4 D., *de trit. cond.* XIII, 3).

Nous pouvons, en outre, invoquer un texte décisif emprunté aux institutes de Justinien. L'empereur explique que le créancier aura intérêt à choisir, suivant les cas, soit l'action de *peculio*, soit l'action tributaire, quand il agira contre le maître en paiement de sa créance :

l'*actio de peculio* aura en effet l'avantage, comme nous l'indiquerons plus loin, de porter sur l'intégralité de l'actif pécuniaire, tandis que l'*actio tributoria* ne s'applique, au contraire, qu'à la portion du pécule consacrée au commerce, à la « *merx pecularis*. » Or, le domaine de celle-ci peut être fort restreint relativement au domaine de celle-là : « *Potest quisque tertia forte « parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, « majorem autem partem in prædiis et Mancipiis aut « fœnebris pecunia habere.* » (Inst. IV *Quod cum eo contr. est*, VII, § 5.) Le champ d'application de nos deux actions est donc nettement séparé : le pécule se divise en deux masses, et la masse commerciale ne comprend ni les immeubles, ni les esclaves, ni les prêts d'argent. C'est que les opérations sur immeubles, esclaves et prêts d'argent sont des opérations civiles, et que la notion romaine du commerce ne leur est pas applicable. Cette déduction, logiquement tirée du texte cité, est en parfaite harmonie avec la théorie générale que nous présentons.

En résumé, nous pensons que le pécule de l'esclave devait être considéré comme commercial, alors seulement que, sur ce fonds, l'esclave se livrait à la profession de l'achat et vente des produits et denrées; c'est ainsi que nous limitons les « *res quæ mercis numero habentur*, » selon l'expression employée par Javolenus à la loi 42 *De fidejuss.*, XLVI, 1, n'hésitant pas ainsi à repousser la doctrine de Pedius rapportée par Ulpien.

L'intérêt, nous l'avons dit, de cette distinction réside dans notre matière. L'action tributaire servira aux créanciers du pécule commercial pour exiger du maître leur paiement, tandis que si on n'était pas en

face d'un pécule commercial, il faudrait recourir à l'action de *peculio*. Voyons en quoi diffèrent les procédés de liquidation employés sous le régime de ces deux actions.

SECTION I.

L'action de peculio.

Nous n'avons pas ici à nous occuper de la nature de la concession du pécule, ni de la consistance de celui-ci. De même les conditions d'exercice de l'action de pécule, et l'examen des difficultés que l'étude de cette action peut soulever sont ici sans intérêt. Il s'agit uniquement pour nous, étant donné par hypothèse que le passif du pécule est supérieur à l'actif, de déterminer les règles auxquelles le *paterfamilias* peut être astreint pour payer les créanciers.

C'est le système de la déconfiture : « *In actione de peculio occupantis melior est conditio.* »

Et tout d'abord, pour le démontrer par la suite des textes, nous devons constater que ceux-ci parlent avec beaucoup de détails, de ce qu'on appelle la « deductio » du maître, c'est-à-dire de ce qu'il a le droit de prélever pour lui-même sur l'actif du pécule. Ulpien, dans la loi 9, § 2, *de peculio*, XV, 1, fixe ainsi le principe de ces *deductiones* : « Peculium autem, deducto, quod domino debetur, computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. » En établissant le compte actif du pécule, on déduit ce qui est dû au maître; la raison en est qu'il est présumé s'être le premier présenté, et avoir le premier exercé son droit

contre son esclave. Le *Digeste* est très-riche en renseignements sur le quantum de ces déductions. Nous n'avons pas à en présenter la théorie complète : qu'il nous suffise de dire, que ce droit du maître était très-largement reconnu et favorisé.

Ce point est important : le maître, créancier du pécule, obtient le premier son paiement, et cela est si bien admis que, généralement, quand on parle de pécule, on n'entend plus, en liquidation, que le pécule tel qu'il se comporte après le paiement des créances dominicales.

Nous voyons, dans ce droit du maître, la négation manifeste du principe de l'égalité entre les créanciers, négation dont, en pure doctrine, nous n'apercevons pas la raison dans la nature des rapports du maître avec son esclave. Aussi, les jurisconsultes nous présentent-ils ce droit, non comme un avantage particulier accordé au maître, mais, cela est très-net, comme la conséquence d'une présomption, que les faits, du reste, rendent très-raisonnable : le maître est présumé avoir le premier agi contre l'esclave, *prævenisse creditur*.

De cette présomption, ils tirent la conséquence qu'il doit être le premier désintéressé, voire même au détriment des autres. C'est donc qu'ici l'effort individuel, la diligence particulière de chaque créancier doit lui profiter : *jus vigilantibus scriptum est*. C'est le système de la déconfiture, affirmé et établi dans les rapports respectifs du maître avec les créanciers du pécule.

Mais ce système n'est pas spécial aux rapports du maître avec les créanciers, il est général et régit aussi bien les rapports des créanciers entre eux. C'est ce que Ulpien et Gaïus nous disent en termes clairs et précis :

« Si de peculio conventus dominus, condemnatus est,

debebit de sequenti actione de peculio deduci : coepit enim dominus vel pater judicati teneri » (l. 9, § 8, *hoc tit*). Si le maître, chargé de liquider le pécule, a été condamné à la requête d'un premier créancier, il ne sera plus responsable à l'égard des créanciers qui le poursuivraient *de peculio* par la suite, que sous déduction des causes de la première condamnation. Cet effet est le propre de la déconfiture.

Le même texte applique la même solution aux paiements et prestations quelconques consentis en l'absence d'une sentence de condamnation par le maître aux créanciers du pécule : « Nam et si quid servi nomine « non condemnatus præstitisset creditori, etiam hoc « deduceret » (l. 9, *in fine*).

Dans la loi 10, Gaius fixe et précise en quelque sorte les conditions de la lutte entre créanciers. Le texte est remarquable par sa netteté, et nous enlève toute espèce de doute sur la vérité des idées que nous exposons. Celui qui doit être désintéressé et auquel le juge doit donner le premier rang, c'est celui qui le premier obtient jugement, nonobstant toute instance même antérieure, même parvenue plus tôt à la *litis contestatio*, parce que dans cette liquidation le premier occupant est dans la situation la meilleure : *quia in actione de peculio occupantis melior est conditio* : occupare autem videtur, non qui prior ad sententiam judicis pervenit. » Il n'y a pas ici cette « *æqualis conditio agentium* » dont parle la loi 6 *De tributoria actione* XIV, 4.

L'exposé qui précède se suffit à lui-même : il est inutile de l'obscurcir par de plus amples développements. Le système de la déconfiture est ici tout à fait évident, et il est impossible de le nier.

Avant de passer à l'action tributoire, nous voulons indiquer une exagération dans laquelle paraissent être tombés les Romains : c'est une véritable *inelegantia juris*.

Consulté sur un cas qui présentait évidemment de sérieuses difficultés, Paul nous rapporte qu'il donna la solution de principe suivante : « Nullum privilegium proeponi patri vel domino potest cum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur : plane in coeteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum ». Il nous semble que cette décision résulte d'un oubli du principe même des *deductiones* : la présomption d'antériorité de la poursuite et de la vigilance du maître. Cette présomption, en effet, doit céder devant des créanciers privilégiés, et en tous cas on ne conçoit pas qu'elle donne au maître un droit, que le fait même de leur diligence propre est impuissant à conférer aux autres créanciers du maître. Aussi la réponse de Paul nous paraît-elle peu juridique.

SECTION II.

L'actio tributoria.

Nous avons, ci-dessus, cherché à préciser nettement les limites du champ d'application de cette action et de l'action de pécule. On a vu que l'action tributoire vise la liquidation des pécules de nature commerciale.

Comment s'opèrera cette liquidation ?

Ulpien nous dit tout d'abord qu'ici le maître n'est point préféré aux autres créanciers : « dominus..... si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus

creditor, ex hoc edicto in tributum vocatur » l. 1 pr. *De tributoria actione*, XIV, 4. Il n'aura donc pas le droit de déduire tout d'abord du pécule ce qui lui est dû à lui-même. Cette sorte de privilège, dont nous avons expliqué le fondement, est spécial à l'action de *peculio* et aux liquidations des pécules civils.

Paul, dans la loi 6 *hoc tit.*, nous présente la différence du principe des deux sortes de liquidations de la manière suivante : « Non enim hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem conditionem facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium. »

La règle est formellement établie et précisée. Ici, les créanciers doivent être traités au marc-le-franc : la vigilance de l'un ne constitue pas une cause de préférence opposable à l'autre. Le liquidateur devra liquider sous le régime de la faillite, et non sous celui de la déconfiture.

La première application de cette proposition est celle qui est inscrite dans la loi 1 ci-dessus. Le *dominus* est, comme tous autres créanciers, soumis à l'égalité des dividendes. On dit de lui qu'il a perdu son privilège : « Deductionis privilegium perdidit. »

La seconde à noter résulte de la loi 5, § 19. Si un créancier se présente seul, il obtiendra du maître, opérant en sa qualité de liquidateur, l'intégralité de son dû. Mais, à toute éventualité, ce créancier doit fournir caution « pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores. » Le prêteur, en effet, s'oppose à ce que les uns soient payés au détriment des autres; l'action paulienne étant inapplicable aux paiements de dettes échues, le principe du rétablissement de l'égalité entre tous recevra satisfaction, grâce à l'engagement du créancier poursuivant.

La liquidation par l'action tributoire est organisée par le préteur dans un but d'équité. Ce point de vue perce à travers certaines décisions rapportées par Ulpien et Julien. Si les créanciers sont traités au marc-le-franc, ce n'est pas parce que le patrimoine spécial qui constituait le pécule est, en thèse, grevé également dans toutes ses parties. L'unité du pécule est une doctrine dont la jurisprudence prétorienne ne se préoccupait point d'établir la base. L'édit considère simplement que les créanciers, en traitant avec la *taberna*, n'ont eu en vue que le gage fourni par des marchandises, et n'ont compté que sur des marchandises : il ne promet donc l'action tributoire auxdits créanciers que sur l'actif commercial du pécule « unusquisque enim eorum merci magis quàm ipsi credidit. » (*L.*, 5, § 15). Telle est la raison pratique qui a guidé le préteur.

Mais ici nous apercevons une observation qu'on peut présenter comme une objection à la théorie *prétorienne*. En quoi, dira-t-on, le tiers qui a traité avec l'esclave concessionnaire d'un pécule pour affaires commerciales, aura-t-il mérité d'être traité au marc le franc en cas de concours de créanciers, plus que le tiers ayant traité pour des affaires non commerciales?

L'objection est sérieuse; elle apparaît dans toutes les législations qui font une certaine place à part aux choses du commerce. Mais elle se réfute par les considérations bien connues qu'on peut tirer du besoin de rapidité et de célérité qui se montre particulièrement pressant dans les transactions commerciales. Donner satisfaction à ce besoin, c'est encore protéger et développer la richesse générale par la prospérité du commerce. Le danger des

déductions, la crainte d'être primé par de plus diligents, aurait enlevé aux concessionnaires de pécule tout crédit de la part des tiers. Le prêteur a utilement remédié à celà, par le principe d'égalité : en matière civile, au contraire, on peut dire que chacun a toute liberté pour se renseigner à sa convenance avant de traiter, et que, dès lors, il n'y a pas utilité à faire fléchir le principe fort respectable « *jura vigilantibus scripta sunt.* »

La thèse de l'unité de la faillite encore contestée de nos jours par certains n'a point séduit le prêteur, ou, pour mieux dire, il n'entrait pas dans le point de vue spécial où il se plaçait ici de se laisser séduire par elle. Si l'esclave, ou le fils de famille, a exploité deux commerces séparés, il y aura deux faillites distinctes : il en serait ainsi alors même que dans les deux boutiques, il traitait le même genre d'affaires. La raison est une raison de fait : « *Ne ex alterius re merceve alii (creditores) indemnes fiant, alii damnum sentiant.* » Le tiers a pu compter sur ce qu'il a vu dans la *taberna* : quant à se préoccuper d'autre chose, il n'en avait pas le loisir. En affaires on est gêné s'il faut sans cesse courir aux renseignements. C'est donc sur l'actif de la *taberna* avec laquelle il est entré en relations, que son droit spécial est reconnu par le prêteur.

Dans l'actif concédé, les auteurs vont même jusqu'à distinguer les *merces* du *peculium* proprement dit. La première partie seule est liquidée au marc-le-franc, mais l'action de *peculio* vise les deux parties. Le créancier d'une *taberna* peut agir par l'action de pécule : « *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria.* » (Gaius, loi 11, *pr. hoc tit.*).

Mais il faut choisir entre les deux actions : « Eligere debet... cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. » (Ulpien, loi 9, *hoc tit.*)

Ainsi, le créancier est dans l'obligation d'opter entre les deux actions et, cette option exercée, il ne lui est plus permis de revenir sur le choix qu'il a fait ; son droit est déduit en justice. Nous voyons, en outre, que selon les cas, un créancier avisé procèdera soit par l'une soit par l'autre des deux actions.

Les données qui précèdent lui fournissent déjà de nombreuses et importantes raisons pour se décider en connaissance de cause. C'est ainsi notamment que le règlement de l'action tributaire offrirait tous avantages, si les créances du maître devaient tout absorber selon le règlement propre à l'action de *peculio*. Au contraire, celle-ci serait préférable, si le créancier demandeur pouvait recevoir paiement intégral à l'exclusion des créanciers retardataires.

Mais ce n'est pas tout. Si le mode de liquidation peut influencer sur la détermination à prendre, il est certain en outre qu'une autre et sérieuse différence entre nos deux actions sera aussi de nature à guider et dicter le choix : les textes, en effet, supposent expressément et formellement que l'actif soumis à l'une ou à l'autre action n'est point le même. « In hac actione (tributoria) hoc solum « in divisionem venit, quod in mercibus est, quibus ne- « gotiatur, quodque eo nomine receptum est : at in ac- « tione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in « quo et merces continentur. » (Gaius, 11, *De trib. act.*, XIV, 4).

Ce texte démontre que, dans l'action de *peculio*, on tient compte de l'intégralité de l'actif du pécule, tandis que

dans l'*actio tributoria* il n'est fait état que de l'actif du commerce proprement dit. A ce point de vue, il semble donc que, toutes choses égales d'ailleurs, on devra toujours opter pour l'action de pécule : or, les textes supposent que le choix opposé doive être pris par un créancier avisé. Qu'est-ce à dire ? N'y a-t-il pas contradiction ?

Nous pensons que la solution de cette difficulté est la suivante : si un créancier se présente à la liquidation par l'action de pécule, il devra être payé pour le tout jusqu'à concurrence de la consistance de l'actif total ; mais il appartiendra au *dominus* liquidateur du pécule d'exiger de lui la promesse que, s'il se présente d'autres créanciers agissant par l'*actio tributoria*, il fera remise de ce qu'il aura reçu, au détriment de ces derniers, de l'actif commercial, c'est-à-dire de la *merx peculiaris*. Le maître, soumis à l'action tributoire, serait exposé à des pertes s'il ne prenait point cette précaution, car Ulpien nous dit qu'il ne doit pas laisser disparaître l'actif commercial : « si mercem perire passus est..... dicen-
« dum erit teneri eum tributoria, si dolus intervenit. » Si donc le *dominus* connaît l'existence de créanciers auxquels l'action tributoire appartient, il ne pourra payer sans dol, quiconque agirait *de peculio* qu'avec la précaution indiquée. Du reste, cette action *tributoria* serait également donnée contre les créanciers ayant par dol reçu plus qu'il ne leur revient : « si cujus dolo malo factum est quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur..... » L. 7, § 2, *est tit.*

Dans cette hypothèse, on voit très-bien l'intérêt d'opter, car si le créancier a agi *de peculio*, il devra restituer les valeurs prises à la *merx peculiaris*, à la

requête du créancier agissant par l'*actio tributoria*, et alors, si le domaine de celle-ci était en fait plus considérable que le domaine ainsi restreint de la première, il aura pris le plus mauvais parti. Dans l'action de pécule les valeurs commerciales entrent en compte, mais ce n'est que provisoirement lorsque le liquidateur a exigé la caution susdite, ou que le créancier payé a connu l'existence des créanciers commerciaux, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu dol de sa part.

La liquidation, on le voit, est susceptible d'engendrer de nombreuses difficultés. Aussi peut-on concevoir que le maître désire n'en point assumer la charge. Ulpien estime que le magistrat saisi de l'action pourra, dans ce cas, en charger l'*arbiter*. Celui-ci, pensons-nous, établira les comptes, mais les biens composant le pécule seraient considérés et traités comme abandonnés par une *cession* (loi 7, § 1, *D. hoc tit.* et loi 7, *C. qui bonis cedere possunt*, VII, 71).

Nous n'entrerons pas dans les difficultés auxquelles ce système pouvait donner lieu. Il nous suffit d'avoir mis nettement en lumière la règle de liquidation édictée par le prêteur, le reste n'est pour nous que détail, et appartient surtout aux commentaires de l'édit.

Pour nous résumer, nous n'avons qu'à constater ce fait bien dûment établi : à Rome, la distinction moderne entre la faillite et la déconfiture était en pleine vigueur dès l'époque classique pour la liquidation des pécules, avec ce point particulier et tout à fait digne de remarque, que la *commercialité* des opérations réalisées fournissait le *criterium* de l'application de l'une ou de l'autre.

C'est donc dans l'action tributoire que nous voyons

germer l'idée de la faillite, telle qu'elle se retrouve, en thèse, dans la législation moderne. Les détails ont pu être empruntés à la *venditio bonorum*, le fond même nous paraît dériver du droit des pécules; c'est un point sur lequel nous reviendrons dans la conclusion de ce travail.

CHAPITRE II.

De quelques particularités du Droit successoral.

Dans la première partie de cette dissertation, nous avons examiné comment se réglait à Rome le concours des créanciers sur les biens d'un vivant. Dans le chapitre I de la seconde partie, nous avons étudié la même question pour le cas où il s'agit de dettes d'un pécule. Il ne nous reste plus, avant de conclure, qu'à nous occuper des particularités que peut présenter à ce sujet la liquidation des successions.

Comme le dit Gaius en un passage déjà cité, la *ventio bonorum* s'appliquait non seulement au patrimoine du débiteur encore en vie, mais encore à celui du débiteur décédé. Nous avons à passer rapidement en revue la matière de la *séparation des patrimoines* et le *bénéfice d'inventaire*.

SECTION I.

De la séparation des patrimoines.

A Rome, le droit de la famille embrassait, on peut le dire, la théorie des successions telle qu'elle résulte du pur droit civil. Si on n'admet pas ce point de vue, on se condamne à perdre l'intelligence de la plupart des rouages de l'organisme successoral. Quand le chef de la famille disparaît, ce n'est pas, à proprement parler, le

propriétaire qui s'éteint, c'est le représentant, c'est le dictateur des copropriétaires ; car si la propriété est, en un certain sens, individuelle à Rome, c'est parce que la famille, sur l'ensemble de laquelle elle repose en réalité, est organisée sur le plus parfait modèle d'unité et qu'elle a son expression souveraine dans un seul, dans le *pater familias*.

A la lumière de cette considération générale, on comprend très-bien le texte suivant de Paul, qui contient toute la philosophie sociale du droit des successions de la Rome antique : « In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur..... : itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem honorum consequuntur..... : nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. » (L. 11, D. *de lib. et posth.*, XXVIII, 2.)

L'institution d'héritier dès lors apparaît comme une sorte d'adoption *in extremis*, que l'adopté peut n'accepter qu'après la mort de l'adoptant : c'est pourquoi l'héritier externe doit faire adition. Des autres, on dit qu'ils sont des héritiers nécessaires, s'il s'agit d'esclaves institués par leur maître, ou des héritiers *sui et necessarij* si ce sont des *filij familias*.

Mais il est facile de comprendre que, de cette dévolution active et passive des droits du *de cujus*, peuvent naître de graves dangers soit pour les héritiers si le *de cujus* laisse une hérédité mauvaise, soit pour les créanciers du défunt si l'héritier est insolvable. Aussi le préteur est-il intervenu pour adoucir la rigueur des prin-

cipes. C'est à lui que nous devons la combinaison des *separationes bonorum*, grâce à laquelle l'héritier nécessaire s'il n'arrive à la liberté que sous la déduction des conséquences infamantes de la *venditio bonorum*, obtient que, pour l'avenir, il ne soit plus traité comme débiteur personnel des dettes de son auteur. A l'héritier sien et nécessaire, le prêteur accorda le *jus abstinendi*, qui le dégageait de l'infamie. Pour l'héritier externe, qui pouvait repousser les conséquences fâcheuses de l'hérédité en ne faisant pas adition, la nécessité de l'intervention prétorienne ne se présentait pas. Mais cette adition pouvait être, en cas d'insolvabilité de l'héritier externe, préjudiciable aux créanciers du défunt : le prêteur leur accorda le droit de demander la séparation du patrimoine du défunt de celui de l'héritier.

Dans ces cas différents, il y avait lieu à liquidation d'une masse de biens : il y était procédé suivant les règles de la *venditio bonorum*, c'est-à-dire d'après le principe de la faillite. De sorte que, si on admet que le défunt et son héritier fussent tous les deux personnellement insolvable, il pouvait y avoir deux envois en possession et deux ventes séparées. C'est sans doute pour mieux montrer cette intime connexité entre la séparation des patrimoines et les voies d'exécution sur les biens, que le titre de *separationibus* a été placé au Digeste, au centre même de la matière de l'envoi en possession des biens des débiteurs. Cela est encore plus sensible dans la rédaction du code : car le même titre est consacré à ces institutions juridiques, ce qui montre du reste que les cas de séparation des patrimoines étaient de ceux dans

(1) Sic Tambour, *op. cit.* I, p. 263.

lesquels la liquidation par voie de faillite s'était maintenue sous Justinien.

SECTION II.

Du bénéfice d'inventaire.

L'héritier externe qui a fait adition est obligé à l'exécution de toutes les charges que le testament lui impose. La répudiation au contraire le rend aussi complètement étranger à l'hérédité que si elle n'avait jamais été instituée.

On peut concevoir, dès lors, que l'adition d'hérédité entraînant l'héritier à la ruine. L'ancien droit ne lui fournissait que la renonciation. Aux mineurs de vingt-cinq ans, la *restitutio in integrum* était bien accordée, comme aussi l'action de *dolo* aux majeurs dont le consentement avait été surpris par des manœuvres frauduleuses, mais on sait que cette dernière action, n'étant donnée en principe que contre l'auteur du dol, ne relevait point des conséquences de la situation d'héritier. Les femmes, en outre, étaient restituables dans le cas où le dol émanait de créanciers héréditaires. (Loi 32 *ad Senat. Vell.*)

Mais, en dehors de ces hypothèses, dont l'importance est restreinte, les effets de l'adition étaient irrévocables. Un passage de Gaïus (II, § 163) l'indique suffisamment, en présentant comme tout à fait exceptionnelle une circonstance dans laquelle l'empereur Hadrien consentit à restituer un héritier contre les conséquences de l'adition d'une hérédité dont le passif lui était resté ignoré : « Grande ces alienum, quod aditoe hereditatis tempore

latebat. » L'empereur Gordien fit de cette faveur une règle à l'égard des militaires qui auraient eu de justes raisons d'ignorer les dettes.

Justinien voulut remédier à un état de choses aussi fâcheux pour l'héritier. Il décida qu'on pourrait désormais faire adition, et n'être tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens héréditaires : « In tantum teneri quantum valere bona hereditatis », en se soumettant aux conditions prescrites par sa constitution. Tel fut le bénéfice d'inventaire : institution juridique dont cet empereur a pu très-justement se faire un titre d'honneur.

La loi Scimus, car c'est ainsi que les interprètes désignent cette constitution de Justinien, — est la Const. 22, C. VI. 30. L'empereur dispose que, pour en profiter, l'héritier devra faire *inventaire*, le commencer dans les trente jours qui suivent celui où il a connaissance de sa vocation, et le finir dans les soixante jours qui suivront. Les conditions de forme auxquelles est soumise la confection de l'inventaire sont nettement indiquées au texte ; il n'y a pas lieu pour nous de nous y arrêter.

Mais un point très-considérable mérite de fixer notre attention. S'occupant de la situation faite à l'héritier qui a rempli les conditions de la loi, l'empereur est amené à parler de ses droits et obligations à l'égard des créanciers. Or, ici il faut se rappeler que, sous Justinien, les créanciers, d'après ce que nous avons établi ci-dessus, n'ont plus à agir collectivement sur le patrimoine de leurs débiteurs pour se faire payer : la *missio in possessionem*, ou déclaration de faillite, est devenue le moyen d'exception, accordé seulement dans certaines circonstances déterminées. Le droit commun en matière d'exécution sur les biens, c'est le droit de saisie : le

concoure entre créanciers se règle donc selon les principes de la déconfiture.

Justinien, en conséquence, formule nettement le procédé de liquidation que devra suivre l'héritier bénéficiaire, pour désintéresser les créanciers du défunt : il les règlera au fur et à mesure qu'ils se présenteront à lui, et quand l'actif de l'hérédité sera épuisé, les créanciers retardataires n'auront aucun recours contre leurs cocréanciers plus vigilants. « *Eis satisfaciunt (heredes) qui primi veniant creditores : et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur.* » Telle est la prescription de l'empereur. L'égalité entre créanciers, en cas de concours, n'est plus, à cette époque, considérée comme essentielle ; c'est un principe qui est inférieur à un autre, lequel est ainsi formulé : « *jus vigilantibus scriptum est.* » Sur ce point, la constitution de Justinien se conforme donc aux règles juridiques du temps ; la déconfiture est à cette époque le système du droit commun.

Il en était ainsi, avons-nous vu, à l'époque classique quand le maître de l'esclave avait à liquider le pécule de ce dernier, d'après les règles de l'action *de peculio* : mais, dans ce cas, le liquidateur avait le droit de prélever ses propres créances. Il y avait, en sa faveur, une présomption d'antériorité de paiement. En sera-t-il de même pour l'héritier bénéficiaire, considéré comme liquidateur de l'hérédité ?

La loi *Scimus* fixe la réponse : l'héritier bénéficiaire aura un droit de prélèvement pour recouvrer les frais des funérailles, d'insinuation du testament, de confection d'inventaire et, en général, pour toutes les dépenses nécessaires qu'aura exigées l'hérédité. C'est bien ce que nous avons, pour l'action *de peculio*, reconnu sous la

qualification de « *deductiones*. » A l'égard des autres créances de l'héritier, de celles qu'il avait par exemple contre le *de cujus*, le texte s'exprime ainsi : « Non hæc confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam : temporum tamen prærogativa inter creditores servanda. » L'héritier est donc, pour le paiement de ses propres créances, assimilé aux autres créanciers : il ne jouit pas ici de la présomption qui, à tout événement, assure l'efficacité des *deductiones*. Mais, en fait, il est bien certain que, le plus souvent, il se paiera lui-même le premier. Cependant, si un créancier avait fait diligence plus grande, ce qu'il est toujours aisé de supposer, ce créancier serait désintéressé avant l'héritier. Telle est la portée du texte de Justinien : l'équité et la logique en sont indiscutables. Mais il est fort probable que les créanciers, en fait, arriveront après l'héritier, et c'est en cela qu'il est permis de dire que « sa position d'héritier lui assure un véritable droit de « préférence ou de prélèvement, pour peu que les autres « soient en retard. » Cette proposition, extraite de la thèse très-remarquable de M. Planiol, sur le bénéfice d'inventaire, est juste en fait; mais nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que l'expression droit de préférence serait bien mieux appliquée, dans le langage des jurisconsultes romains, aux *deductiones* opérées par le maître dans l'action *de peculio*. Aussi bien le terme *privilegium* est-il formellement employé à ce sujet, tandis que la loi *Scimus* ne parle que de la « prærogativa temporum. »

Tel est le système de liquidation dont nous trouvons la formule complète dans la Constitution de Justinien : c'est le procédé de la déconfiture dans toute sa pureté.

On verra par ce qui suivra que nous attribuons à la loi *Scimus* l'origine de la *réglementation* moderne de la déconfiture, réglementation tout à fait imparfaite et insuffisante, mais que les rédacteurs du Code Civil n'ont pas cru devoir développer avec plus de détails que le législateur romain ne l'avait fait avant eux.

CONCLUSION.

Nous avons voulu, par ce travail, démontrer que la distinction entre la faillite et la déconfiture a ses profondes origines dans la législation romaine.

Cette conclusion est-elle justifiée ?

Nous n'hésitons pas à l'affirmer.

Nous avons posé, dès le début, l'élément essentiel de la différence des deux procédés, et, à travers les phrases diverses de l'évolution juridique romaine, nous avons noté les applications respectives de l'un et de l'autre.

A l'époque classique, les débiteurs sont soumis à la loi de faillite : la *missio in possessionem* suivie de la vente en masse des biens, constitue le droit commun, — et cette procédure collective est parvenue à un très-haut développement. Il est permis de conseiller à tout législateur la méditation des principes de la faillite romaine.

A cette même époque, la saisie d'objets particuliers, qui constitue le mode d'exécution propre à la déconfiture, ne se présente qu'avec un caractère tout à fait exceptionnel.

Voilà pour les voies d'exécution.

Si nous considérons, d'autre part, les divers types de liquidation dont les auteurs font mention, en matière de pécules, nous constatons que le système égalitaire de la faillite est exclusivement en honneur, s'il s'agit d'un

pécule commercial ; — mais que, par contre, la loi de la déconfiture l'emporte s'il s'agit d'un pécule non commercial.

Cette distinction des pécules est la véritable origine historique de notre distinction moderne entre la faillite des commerçants et la déconfiture des non commerçants.

« Le droit commercial moderne, écrit Renouard, a son berceau en Italie. Là se trouve la chaîne qui nous unit au monde romain. Dans ces brillantes républiques, dont l'éclat trop passager illumina la civilisation renaissante, le commerce joua un si grand rôle, que la plus sérieuse attention de la puissance publique dut naturellement se porter sur les relations entre négociants ; alors furent éclairées d'une vive lumière toutes les parties du droit commercial. On ne s'asservit point à copier entièrement l'antique législation romaine ; *mais on en conserva les traditions, on en invoqua les textes, on en emprunta les gloses*, et en même temps aussi des règles ne manquèrent pas aux besoins qui se développaient. »

Indépendamment, du reste, de l'influence didactique qu'exerça le Droit romain, il faut tenir compte aussi de ce fait que les compilations romaines eurent aussi force de loi, et que les coutumes et les statuts des cités étaient directement liés à la civilisation juridique de Rome.

Or, la distinction des pécules, si importante en notre matière parce qu'elle fournit un parfait exemple de l'application de nos deux procédés, avait en fait ceci de particulier qu'elle englobait en réalité tout l'intérêt de la distinction des commerçants et des non commerçants.

On sait, en effet, que le commerce, dans les idées de

ces époques, était abandonné aux esclaves, et plus tard aux plus petites gens, qui ne se différenciaient que bien peu des anciens esclaves. Or, à l'époque de la transformation de la condition des esclaves, les habitudes du commerce étaient prises, et il est tout à fait certain, à nos yeux, que le commerce répugna à l'application du droit commun, lequel était, à l'époque de Justinien, le système de la déconfiture.

Nous disons que le droit commun était, à l'époque de Justinien, le système de la déconfiture; c'est ce que nous avons démontré dans le cours de ce travail, en indiquant l'abaissement de l'antique système des *missiones in possessionem*, sa défaite opérée par le développement du droit de saisir séparément les biens du créancier.

C'est dans la saisie, en conséquence, que nous voyons l'origine de la déconfiture.

Mais nous désirons pousser un peu plus loin l'expression de notre pensée. Si nous rattachons aux dispositions de la loi romaine sur la saisie individuelle et sur l'*actio tributoria* l'origine historique de la distinction elle-même entre la faillite et la déconfiture, nous ne faisons aucune difficulté à reconnaître, en outre, que dans la réglementation elle-même de cette matière, le législateur moderne s'est largement inspiré de l'organisation donnée par le préteur romain à la *venditio bonorum*.

Pour la déconfiture, il est manifeste que la loi *Scimus* a été le guide des auteurs du Code Civil dans leur travail de rédaction. Chez nous, comme aux derniers temps de Rome, la déconfiture constitue le droit commun, et ce n'est que par exception qu'on a recours au système de la

faillite. Mais il s'en faut que la réglementation de la déconfiture soit suffisante ; toutefois, les art. 808 à 810, C. Civ., qui, dans nos lois, représentent l'unique effort tenté pour fixer les principes de cette matière, sont précisément déposés au milieu des dispositions visant l'héritier bénéficiaire. Mais, pas plus qu'à Rome, il n'est permis de dire que c'est au droit des successions qu'il faut rattacher l'idée de la déconfiture : celle-ci est un système général dont le principe se trouvait aussi très-nettement formulé à Rome dans les textes relatifs à l'action *de peculio*, et dont le fondement rationnel n'est autre que le respect des droits que chacun peut acquérir par sa vigilance et son activité : « Jus vigilantibus scriptum est. »

En résumé, nous distinguons les origines historiques de la faillite et de la déconfiture, — et les sources romaines auxquelles notre législateur a puisé.

Pour la faillite, l'origine est dans cette remarquable *actio tributoria* dont nous avons exposé les particularités ; et la source à laquelle les législateurs ont puisé pour en développer la règle, c'est, en outre et surtout, l'édit du préteur Rutilius et son commentaire.

Pour la déconfiture, l'origine historique se retrouve dans le Droit commun de Justinien, dans les règles relatives aux saisies et à l'action de pécule ; mais c'est dans la Constitution qui a organisé le bénéfice d'inventaire, qu'a été puisé le seul exposé de principes que les rédacteurs de nos Codes aient jugé à propos de formuler sur cette matière.

DROIT FRANÇAIS

DE LA FAILLITE

DES

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

DROIT FRANÇAIS

DE LA FAILLITE

DES

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

INTRODUCTION.

Les grandes entreprises financières de notre époque sont entre les mains non de quelques capitalistes, mais du public lui-même. Et c'est pourquoi la chute d'une grosse affaire est susceptible de tourner aujourd'hui en calamité générale. De ce fait, un évènement récent a fourni témoignage.

Cette observation, tout à fait abrégée, nous dispensera de nous étendre longuement à décrire l'importance du sujet dont nous abordons l'étude. Il n'est pas, en France, de plus grand élément de richesse nationale que l'épargne : chacun sait en effet que les économies françaises sont surtout placées soit en fonds ou emprunts d'Etats, soit en actions ou obligations de sociétés. Toute statistique serait ici superflue, et ne ferait qu'obscurcir une notion tout à fait claire, et se suffisant parfaitement à elle-même.

Le seul point, d'ailleurs, qu'elle pourrait mettre utilement en lumière, c'est que le nombre des faillites de sociétés a été

en augmentant très-vite depuis quelques années, et que les procès qui en dérivent ont atteint une extension inconnue jusqu'à ce jour.

Nous nous proposons de présenter une étude des faillites des sociétés par actions, consacrée à l'examen des problèmes et des difficultés révélés par la pratique. Il nous a été donné d'assister de près à l'évolution de certaines sociétés très-importantes, dont la faillite se poursuit aujourd'hui péniblement. Nous avons, en conséquence, essayé de mettre à profit les réflexions, que nous a suggérées, chemin faisant, une sorte d'étude expérimentale de ce qui s'est passé sous les yeux de nous tous depuis la crise financière de 1882. Aussi n'hésitons-nous pas à reconnaître que la dissertation qui va suivre a surtout pour objet de répondre aux points d'interrogation qui préoccupent le plus vivement, en fait, les intéressés eux-mêmes.

Une étude des principes applicables à ces questions, nous a paru présenter actuellement un intérêt considérable.

Nous nous sommes interdit toute envolée ambitieuse vers les sphères élevées, et avons toujours soigneusement évité de nous substituer, ne fût-ce que par la pensée, au législateur lui-même. Il ne nous appartient pas de lui adresser des conseils de réformes qu'il ne consentirait sans doute pas à écouter. Aussi, ne trouvera-t-on dans tout le cours de ce travail aucun vœu, aucune supplique : une interprétation consciencieuse des textes existants est toujours plus utile et parfois moins fantaisiste que la production de projets nouveaux. Du reste, sur ce point, nous professons que l'intervention du législateur, et l'abondance des réglementations légales ne constituent pas une véritable richesse (1).

« La richesse quantitative des règles du droit, écrit Ihering, « est un signe de faiblesse. Elle dénonce l'impuissance de la « force digestive intellectuelle, l'absence de la force nécessaire « pour extraire la quintessence logique de la somme des « règles, et pour convertir celles-ci en chair et en sang. C'est « cette force précisément que possède la jurisprudence ; elle

(1) Voy. notre conclusion.

« constitue sa propriété caractéristique, et son application
« continue aux règles du droit est pour elle un devoir inéluctable. »

Cette manière de voir nous imposait d'éviter les considérations qui n'intéressent que le législateur.

Nous avons cru également très-utile de ne pas mêler les dispositions du droit étranger à celles du droit français. Aussi ne les trouvera-t-on pas éparses dans les différents chapitres de notre travail. Nous les avons rapprochées les unes des autres, en leur consacrant le chapitre III de la deuxième partie, où nous avons successivement traité les questions soulevées par notre sujet au point de vue du droit international privé, et du droit comparé.

Dans la *première partie*, nous avons à exposer les principes qui régissent normalement la faillite des sociétés par actions, en dehors de certaines hypothèses spéciales qui pour être très fréquentes n'en constituent pas moins de véritables complications. Cette division nous paraît conforme aux règles de la saine méthode ; et nous espérons que le lecteur nous saura gré d'écarter ainsi d'un premier exposé, déjà très chargé, certains problèmes juridiques de la plus haute complexité dont la solution doit être préparée par l'étude nécessaire des règles et des principes fondamentaux de la matière.

Ce n'est donc que plus tard, dans la *seconde partie*, que nous examinerons ces problèmes difficiles au nombre desquels il faut citer, en premier ordre, la comparaison délicate à faire entre la liquidation et la faillite des sociétés : par ce moyen il nous sera possible, en un rapide parallèle, de fixer les traits particuliers à l'un ou à l'autre de ces deux procédés. Nous renvoyons de même l'étude de la faillite des sociétés nulles à un chapitre spécial de cette seconde partie. On a vu ci-dessus que nous avons consacré le chapitre III à l'examen du droit international privé et du droit comparé.

Il nous a paru indispensable de diviser et d'échelonner les difficultés.

PREMIÈRE PARTIE.

ÉVOLUTION ORDINAIRE DE LA FAILLITE.

Considérations préliminaires.

La faillite est l'état du commerçant qui a cessé ses paiements (V. art. 437 C. Com.) Il faut donc, pour qu'une société par actions soit susceptible d'être mise en faillite, qu'elle revête le *caractère de Société commerciale*, et qu'elle ait cessé ses *paiements*.

Nous n'avons pas à nous demander ce qui peut constituer la *commercialité* d'une société par actions : les difficultés qui se rattachent à cette question n'ont rien de particulier à notre sujet, et relèvent de la distinction souvent arbitraire que fait notre loi entre les actes de commerce et les actes purement civils. Le caractère juridique de ces actes est toujours le même, qu'ils émanent d'un citoyen ou qu'ils émanent d'une société : dès lors il serait superflu d'examiner ici à quelles conditions les actes dont une société fait sa profession habituelle sont commerciaux, et par suite en font une société commerciale (1). La forme par actions est ici hors de cause, bien que la solution contraire puisse paraître très désirable en pratique (Paris, 19 août 1869. *Le Droit*, 29 août 1869).

(1) Il faut bien reconnaître cependant que les juges consulaires ont une tendance très-marquée à faire éclater, surtout à l'égard des sociétés, le cadre étroit de la commercialité. Mais les Cours d'appel et la Cour de cassation, interprètes plus jaloux de la vérité légale, refusent en général d'entrer dans cette voie, et nous ne pourrions que les engager à persévérer, tant que les dispositions de la loi relatives à la distinction entre les actes de commerce et les actes civils n'auront point été modifiées. Une société n'est commerciale que tout autant qu'elle « exerce des actes

La cessation de paiements est pour tout commerçant le signal et la cause de la faillite. On sait en quoi elle consiste : la notion en est claire et vivante dans le monde du commerce ! Les sociétés commerciales sont soumises à sa loi, sans plus ni moins de rigueur que les particuliers : l'organisation en société est ici encore sans influence.

Ces deux conditions, dont nous n'avons pas à nous préoccuper plus longuement, sont nécessaires et suffisantes.

Une observation doit cependant nous arrêter : si les sociétés de commerce par actions peuvent en principe être déclarées en faillite, c'est qu'elles constituent des personnes morales. On ne concevrait pas plus, en effet, une faillite sans *un failli*, qu'une patrimoine sans une personne juridique : si la société ne constitue pas une personne morale, les associés peuvent bien, s'il y a lieu, être mis personnellement et séparément en faillite, mais il n'y a pas de patrimoine social, et, par conséquent, pas de faillite de société possible.

En d'autres termes, la faillite est, ainsi que nous l'avons exposé précédemment, un mode de liquidation du patrimoine, et il ne peut pas plus y avoir de patrimoine sans une personnalité, que d'attribut sans sujet.

Nous aurons plus tard à développer quelques conséquences de ce principe, à propos des sociétés dont la nullité est prononcée.

Mentionnons enfin une opinion ancienne, d'après laquelle la *société anonyme* serait en complète incompatibilité avec le régime de la faillite, tel qu'il a été organisé par le législateur. Massé soutient cette manière de voir avec opiniâtreté : prononcer la faillite d'une société anonyme ce serait, selon lui, recourir à un moyen que la liquidation forcée

de commerce et en fait sa profession habituelle » ; il faut donc que le but poursuivi par la société, et les opérations auxquelles elle s'est effectivement livrée aient le caractère commercial. Une société, dont le but serait une exploitation commerciale, ne pourrait, selon nous, être frappée de faillite que si, en fait, elle avait pu fonctionner commercialement ; la suspension de paiements survenue par exemple pendant la période de construction n'entraînerait point faillite. Il n'y a pas eu de commerce !

résultant de la dissolution de la société rend inutile et surabondant, et ce serait en outre « constituer une faillite sans « failli, c'est-à-dire une véritable anomalie dans les mots « aussi bien que dans les choses. » *Sic*, Massé, t. II, p. 338, n° 1169; Renouard, t. I, p. 260; *Contra*, Sirey, 39, 2, 347; *Sir*, 52, 2, 662; *Sir*, 68, 7, 938; Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 916; Boistel, n° 894; *Sir*, 1871, 2, 233.

N'insistons pas sur cette controverse éteinte : les éléments de réfutation que Massé n'a point aperçus seront développés en leur place naturelle, dans le chapitre « liquidation et faillite » (Voy. *infra*, 2^e partie, ch. I).

Pour les sociétés en commandite par actions, la présence du gérant indéfiniment et personnellement responsable a rendu toute discussion semblable impossible; aussi les partisans de l'opinion que nous venons d'indiquer n'hésitent-ils pas à déclarer que la faillite peut être prononcée parce qu'ici nous aurons un failli, qui sera le gérant, auquel pourront être appliquées toutes les dispositions de la loi qui visent la personne des faillis : incapacités, pénalités, etc.

Si cette argumentation était admise, il faudrait, semble-t-il, décider que dans les commandites par actions le gérant seul peut être en état de faillite, — mais que la société, personne morale, n'est susceptible que de liquidation. A considérer le régime des faillites comme ayant pour but essentiel de frapper et punir la personne des débiteurs malheureux, il conviendrait, en effet, de supprimer résolument la notion de la faillite pour la société, et de ne plus l'admettre que pour les associés eux-mêmes personnellement, car une société n'est point un être moral susceptible des incapacités et pénalités dont on parle, et que l'on considère bien à tort comme essentielles et nécessaires à toute faillite.

Ce qui est vrai, c'est qu'on prend ainsi l'accessoire pour le principal, et que ces dispositions de la loi n'ont qu'une importance très-relative (V. 437, *in fine*, C. Com.).

CHAPITRE PREMIER.

Le Jugement déclaratif.

Après avoir examiné à quelles conditions une société peut être considérée comme soumise à la loi des faillites, nous devons aborder l'étude de la première des applications de cette loi.

Le jugement déclaratif marque, en effet, comme l'ouverture des hostilités; il conduit sans transition la société de l'état normal à l'état de faillite.

Nous devons tout d'abord nous demander, dans une première section, en quelles circonstances juridiques ce jugement peut intervenir; nous examinerons ensuite, dans les deux sections suivantes, les *énonciations* qu'il comprend et ses *effets*.

SECTION I.

Comment il intervient?

Une société anonyme, ou une commandite par actions, a cessé ses paiements : il y a lieu d'en provoquer la faillite.

A. — Qui aura qualité pour agir?

L'art. 440 C. Com., qui constitue le droit commun, nous indique que toute faillite est prononcée soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office. Mais il n'a pas prévu le cas où il s'agirait d'une société; tâchons de suppléer au silence des textes.

Rien à dire des déclarations d'office : les tribunaux de commerce ont le devoir d'apprécier l'opportunité qu'il peut y avoir pour eux à user de ce droit (V. 7 mars et 23 avril 1864, Dall. 1864, 2, 105). Mais encore faut-il que leur intervention spon-

tanée soit fondée sur de justes causes; et, d'après un arrêt de Dijon, du 6 mars 1844, le tribunal qui a repoussé une première fois la demande formée par des créanciers, pour cette raison que les faits établissaient insuffisamment la cessation des paiements, ne pourrait prononcer une déclaration d'office que sur des faits nouveaux. L'arrêt de Dijon nous paraît sévère! Mais il montre bien que le tribunal ne dispose pas en cette matière de pouvoirs illimités, et qu'il est fort utile pour certains intéressés de pouvoir exiger la mise en faillite, en vertu d'un droit propre.

Quant à la demande formée par les créanciers, elle est également soumise, pour une société, au droit commun, — et nous n'avons ici à présenter aucune observation spéciale à notre sujet.

Il n'en est plus de même de la déclaration provoquée par le failli lui-même : sur ce point, les questions délicates se pressent et nous devons nous y arrêter.

Cette déclaration peut être faite, cela va sans difficultés, par les représentants légaux de la société, c'est-à-dire par le gérant pour les sociétés en commandite par actions, et par le conseil d'administration pour les sociétés anonymes à la suite d'une délibération régulière dudit conseil. Les pouvoirs des administrateurs délégués ou du directeur ne leur donneraient point qualité pour déposer, sur leur seule initiative, le bilan de la société : cet acte rentre essentiellement et nécessairement, à raison de sa nature et de sa gravité, dans les attributions du conseil. La loi d'ailleurs suppose que le dépôt du bilan émane du failli : or, le conseil d'administration seul, délibérant conformément aux statuts, a qualité pour représenter le failli; le directeur et les administrateurs délégués ne peuvent agir que dans les limites de l'exécution des délibérations et des volontés du conseil d'administration.

Le conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, pourrait-il procéder lui-même, en dehors du gérant, à la déclaration de cessation de paiements, et au dépôt du bilan?

Nous ne le pensons pas. Investi d'une simple mission de contrôle, il ne peut se transformer pour l'action. Et d'ailleurs,

le plus souvent il aura ignoré les faits, car le gérant dans son omnipotence ne manquera point de les lui cacher. Enfin ce n'est pas lui qui représente la société mais le gérant, et celui-ci a pour ainsi dire double qualité pour faire cette déclaration, puisqu'il y a faillite pour deux : pour la société et pour le gérant lui-même (Voy. *infra*.) La disposition de l'art. 438 C. Com. relative aux énonciations que la déclaration doit contenir, combinée avec le texte de l'art. 440, atteste que le gérant a seul le droit de déposer le bilan de la société.

Telles sont les règles qui doivent être suivies en matière de dépôt de bilan.

On s'est demandé si le conseil de surveillance, en cas d'inaction du gérant, et si un actionnaire peut provoquer la faillite de la société ? Nous répondons qu'ils n'ont qu'un seul droit, c'est de présenter un avis officieux au tribunal : celui-ci verra s'il doit procéder à une déclaration d'office.

Ce simple droit, qui est du reste le droit de tout le monde, a bien peu d'importance, et, puisqu'il n'a pas de sanction légale possible, ne constitue en vérité qu'une simple faculté. Mais il nous paraît conforme à l'intérêt des affaires et à la saine interprétation de la loi, de ne point mettre entre les mains d'actionnaires récalcitrants ou mal intentionnés une arme dont ils ne manqueraient point de se servir contre la prospérité de la société elle-même.

Comme en matière d'oppositions au mariage, la loi désigne limitativement les personnes qui peuvent exiger la mise en faillite : ce sont les créanciers et le failli lui-même. Or, l'actionnaire n'est ni l'un ni l'autre. (Voy. Rouen, 26 mai 1884. *Jour. des Sociétés* 1885 p. 111.)

Tous les autres intéressés n'ont que la voie officieuse d'un simple avis adressé au tribunal.

Si nous supposons donc qu'un appel de fonds ait été régulièrement adressé aux actionnaires par une société qui a cessé ses paiements, ceux-ci ne pourront pas opposer à la demande du conseil d'administration ou du liquidateur, entre les mains duquel ils ne voudraient point se libérer, l'état de faillite de la société. Ils ne peuvent se prévaloir que du jugement

une fois rendu, mais n'ont point qualité pour le faire rendre.

Nous ne pouvons, en fait, qu'approuver la sagesse et la prudence de cette solution, que les principes imposent, du reste, nécessairement, l'actionnaire pris individuellement n'étant ni créancier ni failli (Voy. S. 1877. 2. 37, et Rouen 1884, 26 mai, précité.)

On peut se demander si la rigueur juridique de notre argumentation doit être étendue aux actionnaires pris non plus individuellement, mais délibérant en assemblée générale régulièrement convoquée et constituée en exacte conformité avec les prescriptions statutaires.

Nous pensons que l'assemblée générale représente en ce cas la société, et qu'à ce titre elle a qualité pour demander la mise en faillite, nonobstant toute opposition des liquidateurs, administrateurs ou gérants. Il en est ainsi, d'après nous, même dans le cas où il s'agit d'une société en commandite : le gérant ne pourrait pas s'opposer à la volonté de l'assemblée sous le prétexte que lui seul est compétent pour demander sa propre faillite. Il ne s'agit pas, en effet, d'exiger directement le dépôt du bilan personnel du gérant, mais celui de la société; par contre-coup seulement et de plein droit (voy. *inf.*, p. 130 s.) la faillite du gérant en découlera accessoirement. Mais la société en faillite aura été valablement représentée par l'assemblée générale, et on ne concevrait point que son droit, inscrit en l'art. 440 C. Com., pût être paralysé par l'action d'un gérant que pourrait guider son seul intérêt personnel.

Cette décision une fois prise régulièrement par l'assemblée générale, chaque actionnaire pourra s'en prévaloir en justice, notamment pour refuser tout nouveau versement de fonds sur appel du gérant ou des administrateurs, jusqu'à ce qu'il soit statué par le tribunal sur la question de la faillite. Ceux-ci, en effet, subissent par le fait de cette décision sociale une sorte de révocation *sui generis*, partielle, et ils n'ont plus le pouvoir de disposer des deniers sociaux; les actionnaires débattront leurs droits avec les syndics et sous la loi de la faillite, ce

qui, on le verra, modifie sensiblement la portée de leur obligation.

Bien plus ! Il nous semble que chaque actionnaire aura dès lors *le droit* de provoquer et d'exiger par voie d'assignation l'exécution de la décision de l'assemblée, relative à la déclaration de la faillite : le tribunal ne pourrait repousser cette demande que si la cessation de paiements ou le caractère commercial de la société n'étaient point admis.

Telles nous paraissent être les règles à observer. La situation de l'actionnaire est ainsi juridiquement déterminée, puisque nous savons exactement quel est son droit : mais il importe de faire remarquer que, dans la pratique, les tribunaux ont bien plus souvent à intervenir pour arrêter ses tentatives individuelles et isolées, que pour l'aider et le protéger dans la mise à exécution d'une décision prise régulièrement en commun avec ses coassociés. C'est que bien rarement l'assemblée générale est appelée et convoquée pour délibérer sur l'opportunité d'une demande en déclaration de faillite de la société. Nous ne connaissons point d'arrêt.

Quoi qu'il en soit, nous devons examiner cette question, autant pour la résoudre en principe que pour préciser nettement le droit de l'actionnaire.

Esnault (*Tr. des faillites et banq.*, t. I, p. 137), se demande si le commanditaire (ou l'actionnaire), qui ne devrait la connaissance de la situation précaire de la société qu'à son titre d'associé, pourrait, *comme créancier*, faire prononcer la faillite sociale ?

Notre auteur adopte résolument la négative.

« Il n'est donné à personne, dit-il, d'abuser de la confiance « volontaire ou forcée d'autrui. » Cette formule nous paraît d'une incontestable moralité ; en droit cependant, il convient de ne l'accepter que comme l'expression d'un désir ou d'un vœu très-louable en soi, mais qui n'a point la force d'une règle de droit. On sait, en effet, que toutes les fraudes ne sont point légalement prohibées, et que l'honnêteté n'est pas la mesure du droit.

La formule d'Esnault est du reste par trop vague pour être

susceptible d'aider à résoudre les questions innombrables que soulèvent les rapports d'intérêts. Qu'est-ce d'ailleurs que « la confiance forcée d'autrui ? »

Ne serait-ce point une allusion au droit d'exiger des comptes ? Mais alors, comment notre associé, qui est créancier, pourrait-il faire valoir ses droits de créancier ?

Frappé de l'objection, Esnault répond par une distinction : si l'associé est devenu créancier en qualité d'associé, il ne peut demander que la dissolution de la société lorsqu'il s'aperçoit que l'actif excède le passif, et en se conformant aux statuts qui l'ont établie ; — mais s'il est devenu créancier en vertu de toute autre qualité, il serait injuste de lui refuser le droit dont s'agit.

La distinction nous paraît sans fondement. Il importe que les associés, et particulièrement les actionnaires, conservent l'entière liberté d'user des moyens d'information que la loi leur donne, et des renseignements qu'ils ont pu se procurer, pour la sauvegarde de leurs intérêts. S'ils sont créanciers, accordons leur les droits et tous les droits des créanciers ! (V. *Pardessus*, n° 1,060).

Nous reconnaissons sans difficulté qu'il n'est pas licite de violer *des confidences* ; mais cela ne vise pas plus un associé que tout autre intéressé, et nul ne songerait à attribuer un caractère confidentiel aux renseignements que l'administration des sociétés doit fournir aux actionnaires. Il y a là pour l'actionnaire un droit légal, qui souvent même est étendu par la convention statutaire : l'actionnaire qui est en même temps créancier ne peut qu'en tirer un profit tout légitime. Au surplus, les autres créanciers, en fait et en droit, n'utilisent-ils point journellement ces renseignements ? La jurisprudence même ne va-t-elle pas jusqu'à considérer les comptes et rapports présentés aux actionnaires comme des documents destinés également aux tiers, puisqu'elle accorde à ceux-ci une action en dommages-intérêts lorsqu'ils ont été trompés par cette voie ?

Il est donc inexact de considérer les indications fournies à un associé en cette qualité comme confidentielles : c'est dire

que, selon nous, l'associé peut y puiser sans crainte pour faire valoir ses droits en justice.

Reste à savoir dans quels cas l'associé peut être considéré comme créancier social, et c'est là un point fort délicat que nous aurons à étudier par la suite.

B. — Qui peut contredire ?

Après avoir examiné par qui la demande en déclaration de faillite peut être formée, nous devons nous demander quelles sont les personnes qui ont la mission de la contester et qui doivent ou peuvent figurer au procès.

Point de difficulté si le gérant ou le conseil d'administration ont déposé le bilan de la société; pas de difficulté non plus si la faillite a été déclarée d'office par le tribunal : dans ces deux cas, nul intéressé n'est au procès pour apporter sa contradiction.

Mais la question présente une grande importance lorsque ce sont les créanciers qui saisissent le tribunal. On conçoit en effet que la société, par l'organe de ses représentants, ait un intérêt considérable à être mise en cause, soit pour contester la créance et par conséquent le droit même du demandeur, soit pour établir qu'elle n'est pas une société commerciale, soit enfin pour nier la prétendue cessation des paiements.

On sait que, d'après la jurisprudence, les créanciers peuvent agir ou par la voie d'une assignation délivrée au débiteur, ou par simple requête et alors sans mettre en cause le débiteur.

Dans le premier cas, l'assignation doit être adressée au gérant ou au conseil d'administration qui, seuls, ont qualité pour représenter la société débitrice; s'il y a un directeur qui ait qualité pour ester en justice, il sera bon également de le mettre en cause.

Si la société est en liquidation, c'est le liquidateur qui devra être mis en cause; il nous paraît en ce cas que la mise en cause des anciens administrateurs ou gérants ne s'impose pas, car ils ne représentent plus la société. Cependant, en fait, il sera bon de les appeler au procès, si des difficultés sont à prévoir, pour éclairer le tribunal.

Un administrateur provisoire désigné par la justice nous paraît sans qualité pour répondre à cette demande. L'administrateur provisoire ne représente pas en effet la société, en dehors des simples actes d'administration. Or, le rôle de défendeur est ici bien plus qu'un acte d'administration. Il s'agit d'une question qui intéresse à un trop haut degré les conditions mêmes de l'avenir de la société, pour admettre que celle-ci soit valablement représentée par des mandataires de justice investis de pouvoirs d'administration d'un caractère purement provisoire, c'est-à-dire fort peu étendus.

Mais les créanciers peuvent encore, avons-nous dit, saisir le tribunal par voie de requête sans mettre en cause le débiteur. Dans ce cas, les questions souvent délicates qu'un débat contradictoire aurait pu soulever, seront résolues par le tribunal lui-même, mais nous pensons que c'est dans le pouvoir que la loi lui accorde de prononcer la faillite d'office qu'il puisera le droit de statuer hors la présence du principal intéressé, qui est la société débitrice elle-même. C'est dire que les juges sont alors investis des mêmes facultés d'appréciation que quand il s'agit de déclarations rendues d'office. Nous voyons là une sauvegarde très-utile et précieuse des intérêts de la société débitrice non représentée (Voy. *supra*, p. 103).

S'il en était autrement, les débiteurs seraient abandonnés sans défense à la merci de leurs créanciers, — ce qui serait exorbitant.

Ajoutons que le jugement sera susceptible d'opposition de la part de la société.

Il en serait autrement si on contestait notre point de départ, et si on soutenait que l'art. 440 C. de Com. a dérogé au droit commun en accordant aux créanciers une procédure particulière, la simple requête, dont le résultat serait de faire condamner les débiteurs sans les entendre, et de faire présumer légalement que le jugement a la valeur d'un jugement contradictoire à l'égard du failli non appelé.

En conséquence, les créanciers agissant par voie de requête, la société ne se verra pas, selon nous, dans la dure situation

d'être mise en faillite sans protection et sans recours : elle pourra faire opposition au jugement et elle aura pu, le cas échéant, être préservée par la faculté d'appréciation que nous reconnaissons au tribunal. C'est ainsi que souvent celui-ci ordonnera que la société soit mise en demeure de formuler ses observations (V. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 614, n° 2,598 ; Bédarride, I, n°s 53 et 54).

Quant aux actionnaires, nous savons qu'à la différence des créanciers, ils ne peuvent agir pour demander la faillite ; mais nous leur avons concédé ce droit dans les cas où ils se trouvent investis de la qualité de créanciers, sans distinguer selon l'origine et la source de leur créance (Voy. *supra*, p. 108 s.), et aussi dans le cas où l'assemblée générale a pris régulièrement la résolution de déposer le bilan de la société.

Dans la première hypothèse, la qualité d'actionnaire disparaît, — il ne reste plus qu'un créancier dont les droits sont déterminés ainsi qu'il est dit ci-dessus. Dans la seconde hypothèse, il y a lieu de se demander si l'actionnaire peut se passer de mettre en cause les représentants légaux de la société.

Pour notre part, nous ne le pensons pas. Ils devront nécessairement introduire une assignation, pour contraindre les administrateurs à remplir le mandat qui leur a été imposé, et ils concluront tout naturellement à la mise en faillite de la société. Tel sera le caractère de leur action. On conçoit, dès lors, qu'ils ne puissent pas, comme les créanciers, agir par simple requête, sans mettre en cause les représentants de la société : tout leur droit se ramène à imposer l'exécution du mandat qu'ils ont donné.

C. — Quel est le Juge compétent ?

Nous avons vu quelles sont les personnes qui peuvent provoquer la faillite de la société ; nous avons vu contre qui elles doivent agir, lorsque la loi ou les principes leur imposent des contradicteurs ; il nous reste à examiner, pour en avoir fini avec la demande de faillite, *quel est le juge compétent pour statuer ?*

Cette question est parfois très-délicate à résoudre dans la

pratique, en raison des multiples dispositions statutaires que la règle générale de la liberté des conventions a permis d'imaginer. Cependant, il n'en est pas de plus importante.

En principe, la déclaration de faillite des commerçants doit émaner du tribunal de commerce de leur domicile. (V. art. 438 C. Com., et 59 al. 7, C. Pr. Civ.) Il y a lieu en cette matière à l'application ordinaire des règles relatives à la détermination du domicile.

Or, d'après l'art. 102 C. Civ., c'est au lieu où se trouve le principal établissement d'une personne, qu'est établi son domicile : telle est la relation juridique qui sert à désigner le domicile civil des personnes. Et, d'après l'art. 103 C. Civ., l'intention seule de changer de domicile doit, pour produire effet, être accompagnée *d'une habitation réelle* dans un autre lieu, c'est-à-dire d'une translation réelle du siège des affaires dans le lieu où doit être établi le nouveau domicile. (Voy. Aubry et Rau, t. I., § 144, p. 584 et la note.) Le domicile général ne dépend donc point de l'intention ni de la convention des parties.

Tel est le droit commun : nous devons l'appliquer exactement à l'hypothèse qui nous occupe.

C'est ce qu'a fait la jurisprudence, sans hésiter. Elle décide, d'une façon très-ferme, que la société qui a cessé ses paiements doit être déclarée en faillite par le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le siège social, et que pour trouver ce siège social il faut s'attacher, non aux indications souvent trompeuses qui résultent du texte même des statuts, mais à la détermination du principal établissement de la société.

Le siège statutaire est donc ici tout à fait insuffisant. Mais remarquons aussi que le principal établissement n'est point nécessairement là où l'exploitation d'une société serait plus active et plus importante que partout ailleurs. C'est ainsi que, pour les compagnies de chemins de fer, la gare principale d'un réseau n'est point le siège social, le domicile de la société ; de même les principales compagnies de navigation françaises ont leur siège incontesté à Paris, bien que Paris ne soit même pas pour elles un simple point de leur exploitation.

Là où se centralisent l'activité et l'influence économique de la société, là où toutes ses opérations reçoivent l'impulsion directrice, là enfin où se trouvent réunis d'une façon normale et permanente tous les éléments constitutifs de son crédit, là est le domicile de la société ; c'est là véritablement que nous pouvons placer le siège du patrimoine dont la liquidation doit être effectuée sous la loi de faillite.

C'est donc le tribunal de cet endroit qui est seul compétent. Peu importe que les statuts aient, dans un but quelconque et souvent dans celui de voiler et dissimuler la réalité, établi en un autre endroit le siège apparent de l'entreprise. Les juges doivent rechercher le fond des choses, et veiller à ce que la faillite siège là où elle devra siéger le plus utilement pour les créanciers et tous intéressés, c'est-à-dire au centre même de l'administration de l'affaire.

Dans la pratique, ces principes sont d'une application souvent difficile, et il n'est pas rare que plusieurs tribunaux revendiquent la faillite d'une même société et se soient déclarés compétents pour en connaître ; il y a lieu, dans ce cas, de procéder à un *règlement de juges* (*Sic. Cass. req.* 15 mars 1875. Sirey, 1875. 1. 260).

Nous avons, en énonçant les principes, donné en quelque sorte le résumé de la jurisprudence. Il est un point tout particulièrement intéressant sur lequel on pourrait ici s'arrêter, c'est le cas où il s'agit d'une société étrangère : nous présenterons nos observations y relatives, en la deuxième partie de ce travail, dans le chapitre consacré aux sociétés étrangères (*Voy. infra, p.* 295 s.)

En dehors de ce point spécial, qui nous laissera en désaccord avec la pratique des juges français, nous pouvons adhérer aux décisions de notre jurisprudence. (*Voy. notamment S.* 1840. 1. 700 ; 1841. 1. 125 ; 1842. 1. 361 ; 1865. 1. 115 ; 1875. 1. 51 ; 1875. 1. 260 ; 1876. 2. 137 ; 1881. 1. 120 ; 1882. 1. 150 ; 1884. 1. 264 ; 1886. 1. 276.)

Pour l'application de l'art. 163, C. Civ., relatif au changement de domicile, voy. Sirey, 1875. 1. 61, et 1886. 1. 276.

Nous avons ainsi déterminé à la requête de qui, contre qui,

et par qui peut être rendu le jugement qui prononce la faillite d'une société par actions. Nous devons, en une seconde section, examiner les énonciations qu'il contient ou doit contenir.

SECTION II.

Énonciations y comprises.

Le jugement déclaratif de faillite détermine la date de la cessation des paiements de la société (art. 441), nomme un juge-commissaire (art. 451) et un ou plusieurs syndics provisoires. Sur ces points à énoncer, le droit commun s'applique sans gêne et sans objections.

Mais les difficultés apparaissent à propos des dispositions de la loi relatives à l'apposition des scellés et aux premières mesures à prendre à l'égard de la personne des faillis (Voyez 455 C. Com. à 461).

Il convient ici de distinguer selon qu'il s'agit d'une commandite par actions ou d'une société anonyme; dans le premier cas, il est certain que le gérant doit être traité comme un failli ordinaire, puisque, ainsi qu'on le verra, la faillite de la société entraîne de plein droit celle de l'associé solidaire (Voyez 458 C. Com.). Mais comment les choses se passeront-elles à l'égard des autres associés de la commandite, et à l'égard des sociétés anonymes; dans quelle mesure les articles ci-dessus visés recevront-ils exécution?

Il nous semble que le tribunal de commerce ne peut alors prescrire l'apposition des scellés que sur les biens de la société seulement; quant aux membres du conseil de surveillance et aux administrateurs ou directeurs, ils ne sont point des *faillis*, et par suite le régime de la faillite ne frappe pas leur personne. Le jugement déclaratif ne prescrira donc cette mesure d'exception que pour les biens sociaux et pour les biens personnels des gérants.

Bédarride (*Faill. et Banq.*, t. I, nos 196 et 197) enseigne que si la société est anonyme, il ne saurait être requis d'apposition de scellés dans le domicile d'aucun de ses membres. « Cepen-

« dant, ajoute-t-il, le juge de paix pourrait se transporter au
« domicile des administrateurs et y apposer les scellés, mais
« seulement sur les papiers et effets de la société. »

Le savant auteur a tort, selon nous, d'exprimer cette sorte de restriction à la proposition principale : sa pensée en effet n'est pas très-nette. Veut-il prétendre que les administrateurs sont dans une situation particulière relativement à l'apposition des scellés ? ou veut-il simplement rappeler que, comme tous détenteurs de l'actif du failli, ils sont exposés à cette mesure sur les biens qu'ils détiennent ?

En d'autres termes, pour M. Bédarride, l'apposition des scellés est-elle en ce cas spéciale aux administrateurs, ou générale et commune à tous les détenteurs de l'actif social ?

Nous pensons que l'éminent jurisconsulte a voulu seulement se préoccuper du cas le plus fréquent, et donner aux praticiens une indication de pratique souvent plus claire à leurs yeux que l'exposé d'un principe dont les conséquences utiles restent à déduire. S'il en est ainsi, la formule précitée ne soulève plus la même objection, car elle n'entraîne pour les administrateurs aucune idée d'assimilation avec les faillis, assimilation que rend impossible leur qualité de simples mandataires de la société. Les dettes de la société ne sont pas en effet les dettes personnelles des administrateurs.

Le jugement qui prononce la faillite de la société ne doit donc contenir aucune énonciation juridique relative à l'ordre d'apposer les scellés sur les biens autres que les biens personnels du gérant ou ceux composant le patrimoine de la société.

Ajoutons que l'opinion de Bédarride qui revient, en droit, à soutenir que les scellés peuvent être apposés chez de simples détenteurs de l'actif du failli, nous laisse des doutes très-sérieux. C'est là en effet une mesure conservatoire tout à fait exceptionnelle, que la rubrique même du chapitre III et le texte de l'art. 458 C. de Com. nous paraissent avoir réservée exclusivement aux biens restés entre les mains du failli lui-même.

Quant au dépôt ou à la garde de la personne du failli, ce sont dispositions spéciales aux individus tombés en faillite :

les gérants seuls, dans notre matière, peuvent donc y être soumis. Par suite, le jugement ne peut contenir qu'à l'égard de ceux-ci l'énonciation y relative, prescrite par l'art. 455 C. Com.

Le jugement qui prononce la faillite de la société doit également, pour être complet, prononcer la faillite personnelle du gérant et de chacun des associés solidaires. Il contiendra donc pour chacun de ceux-ci l'indication de leur nom, de leur domicile (voy. 438 C. Com.), ainsi que des diverses dispositions prescrites à l'égard de la personne du failli. Nous reviendrons plus tard sur cette théorie. (Voy. *infra*, p. 130 s.).

Nous avons ainsi épuisé tout ce qui concerne le contenu du jugement; voyons quels en sont les effets.

SECTION III.

Effets du Jugement.

Le jugement une fois rendu, nous devons nous demander quelle va être la situation créée par lui, tant à la société elle-même qu'aux divers intéressés. Les hostilités vont commencer; quel est le poste de combat attribué à chaque unité pour la défense de ses droits ?

Nous verrons plus tard comment la bataille se poursuivra et quelle mission sera dévolue à chacun dans l'évolution ultérieure de la faillite. Ce sera l'objet du chapitre II.

On connaît les effets généraux du jugement déclaratif de faillite, et il est manifeste que nous ne devons nous préoccuper ici que de ce qui est spécial aux sociétés par actions. Or, à ce point de vue, il convient d'envisager successivement ce que devient la société, ce que deviennent les divers associés (actionnaires, administrateurs ou gérants) et enfin en quoi les droits des créanciers sociaux peuvent se trouver affectés ou changés, le lendemain de la déclaration de faillite.

A. — A l'égard de la Société.

Du jour de la déclaration de faillite, nous nous trouvons en présence d'une société dont le but ne peut plus être atteint.

Son fonctionnement en effet est arrêté, et il ne peut plus être question de continuer le commerce que sur une autorisation du juge-commissaire : en principe, les affaires cessent. Or, on sait que l'un des éléments essentiels du contrat de société c'est que les parties aient pour but de réaliser des bénéfices à l'aide d'opérations faites avec ou sur le fonds commun.

Ne doit-on pas décider dès lors que, la procédure de faillite ainsi ouverte, il n'y a plus de société, puisque les réalisations de bénéfices en principe ne sont plus possibles. En d'autres termes, la société se trouve-t-elle dissoute par le fait même de la déclaration de faillite ?

La question a soulevé bien des discussions, mais avant de l'examiner il convient d'indiquer l'intérêt qu'elle présente. Or, sur ce point si important à signaler au début de toute controverse, les auteurs sont en général d'un laconisme complet.

La dissolution d'une société n'est pas autre chose que la fin de cette société : elle entraîne la nécessité dès lors de liquider l'actif social en vue d'arriver au partage. Quant au contrat originaire il ne subsiste plus qu'en vue et dans la mesure des nécessités de la liquidation, et le mandat des administrateurs, qui était de gérer et administrer l'actif social, disparaît pour être remplacé par celui des liquidateurs. Ainsi le veulent les principes du droit, l'usage du commerce, et l'intention présumée des parties. Le mandat des liquidateurs est la négation de celui des administrateurs, il met ces derniers dans l'impossibilité absolue et matérielle de remplir leur mission. (Voy. *infra*, p. 270 s.)

Donc par le fait de la dissolution de la société, le mandat des administrateurs prend fin : c'est là selon nous, qu'il faut voir le plus gros intérêt de la solution cherchée. La prescription spéciale de l'art. 64, C. Com. pourrait peut-être aussi, dans des circonstances déterminées, être invoquée par les intéressés, si la faillite entraînait la dissolution de la société, et le remplacement des administrateurs par des liquidateurs. (Voy. *infra*, p. 273.)

La faillite de la Société n'entraîne pas selon nous sa dissolution.

Les textes font défaut, et il nous semble que sur un point aussi sérieux le législateur se serait expliqué s'il avait voulu que la faillite fût légalement la condamnation à mort de toute société faillie : car — et c'est un second intérêt très-important de la question — la dissolution met fin à l'existence même de la société.

On a essayé de soutenir que l'art 1865, C. Civil avait réglé la question. La société finit par l'extinction de la chose (al., 2.) ou par la déconfiture de l'un des associés (al., 4.). Or, a-t-on dit, la faillite n'est-elle pas la preuve certaine et manifeste que le passif engloutira tout l'actif et, par suite, que le capital n'existe plus ? D'autre part, comment admettre que la faillite de la société elle-même produise de moindres effets que la déconfiture d'un simple associé ?

Cette argumentation est sans fondement.

Il est certain en effet que la déclaration de faillite n'équivaut point du tout à la preuve que le capital social est entièrement consommé. Il peut très-bien y avoir excédant d'actif, et le simple fait de la cessation des paiements peut être l'effet d'embarras purement passagers. La faillite n'est pas, en droit, basée sur l'*insolvabilité* des négociants. Il n'a jamais été fait, pensons-nous, de réponse sérieuse à cette objection.

Quant à l'assimilation qu'on veut établir entre la déconfiture ou la faillite de l'un des associés, et la faillite de la société elle-même, elle ne saurait être admise que si l'intention du législateur était manifestement favorable à cette extension de l'art. 1865.

Or, le contraire apparaît dès que l'on examine sur quelle base s'appuie la disposition de l'art. 1865, al. 4.

Les auteurs du Code Civil n'ont pas voulu qu'un associé pût être contraint de rester en société lorsque son coassocié, tombé en faillite, ne peut plus satisfaire aux obligations contractées. Il s'agit là d'une interprétation de la volonté probable des parties, et rien ne leur est plus facile que de l'écarter ou de la tempérer par la convention. « Cette cause de dissolution ne reposant pas sur un motif d'ordre public, disent Aubry et Rau (t. IV, p. 570), il est permis de stipuler que la société conti-

nuera malgré la faillite de l'un des associés. » (V. S., 1854, II, 341, *ad notam.*)

Ajoutons que cette cause de dissolution ne peut être invoquée que par les associés solvables et qui exécutent le contrat, — et non point par l'associé en déconfiture. Car il serait absurde que celui-ci pût se prévaloir de sa propre faute. Enfin, et c'est en cela que la disposition spéciale de l'art. 1865 contient une certaine innovation, la déconfiture de l'associé est considérée comme une preuve suffisante de l'inexécution de ses obligations à l'égard de ses coassociés. Pour qu'il en soit ainsi il faut nécessairement que nous nous trouvions en présence d'une société de personnes. Dans les sociétés contractées *intuitu personæ*, en effet, le crédit personnel de chaque associé est une sorte d'apport dû à la société d'une manière permanente. L'un des associés étant tombé en déconfiture ou en faillite, son crédit disparaît, et par suite l'apport promis et espéré n'est plus complet : ses coassociés pourront demander la résolution du contrat, c'est-à-dire la dissolution de la société. Ils seront libres d'agir, ou de laisser vivre la société.

Mais quand il s'agit d'une société anonyme, nous ne voyons pas quel rapport on peut établir entre la faillite de cette société et une inexécution quelconque du contrat par les associés. Comment dès lors peut-on attribuer de plein droit à la faillite de la société ce qui ne concerne que les rapports des associés entre eux ? La faillite est organisée dans l'intérêt des créanciers, la disposition de l'art. 1865, au contraire, est écrite pour les associés qui remplissent toutes leurs obligations. En matière de faillite, tout est d'ordre public ; or, nous avons vu qu'il est ici loisible aux parties d'écarter cette cause de dissolution. Enfin, nous avons vu que, comme l'art. 1184, l'art. 1165 est en faveur de ceux qui, ne manquant point au contrat, ont le droit d'en exiger l'accomplissement ; peut-on imputer la faillite de la société à la faute de certains actionnaires, et point à d'autres ? Si tous sont, sur ce point, dans une situation égale, comment peut-on se saisir de l'art. 1865, al. 4, *in fine*, pour leur imposer la dissolution, alors que cette dissolution est sans profit pour la masse des créanciers, et que pour les

actionnaires elle ne peut devenir qu'une cause de gêne, notamment dans le cas où il y aurait possibilité de concorder.

Pour les commandites, la faillite personnelle du gérant est une cause de dissolution certaine, mais la faillite de la société n'a pas le même effet. Dans ce cas, le gérant doit bien, ainsi qu'on le verra plus loin, être considéré comme personnellement en faillite; mais c'est là une conséquence implicite et forcée de la faillite de la société, et nous ne voyons pas à proprement parler comment, dans ce cas, l'une des parties (actionnaires ou gérant) pourrait avoir intérêt à réclamer la dissolution à l'encontre de l'autre. Il n'y a de part ni d'autre inexécution du contrat effective ni présumée, et la faillite sociale étant comme telle une situation commune aux actionnaires et au gérant, nul d'entre eux ne peut s'en prévaloir à l'égard des autres.

L'art. 1865, C. Civ., est donc invoqué tout à fait à tort par les partisans de l'opinion que nous repoussons; les principes du droit, l'intention certaine des rédacteurs de la loi s'y opposent d'une façon insurmontable.

Un dernier argument est souvent présenté : si la société était dissoute par sa propre faillite, tout concordat lui deviendrait, dit-on, impossible, puisque le concordat a pour but de remettre le failli *in bonis*, et de faciliter son relèvement. Or, l'art. 531 C. Com. (dont nous aurons à nous occuper très-sérieusement plus tard) suppose absolument *qu'une société de commerce* peut obtenir un concordat. C'est donc que la société subsiste malgré le fait de la faillite, qu'elle n'est pas dissoute. C'est qu'elle est susceptible de survivre aux opérations de la faillite et à l'œuvre de liquidation qui en résulte, c'est que son fonctionnement normal et régulier n'a été qu'interrompu par le jugement de faillite.

Nous considérons, quant à nous, qu'une société dissoute conserve le droit de demander et obtenir son concordat, attendu que le concordat est un acte de liquidation et rien de plus. (Voy. *infra*, p. 246 s.) Aussi ne pouvons-nous pas nous approprier le raisonnement ci-dessus. L'argumentation qui

précède est du reste tout à fait suffisante et démonstrative à nos yeux.

Les auteurs ne sont cependant pas d'accord sur cette question. Troplong (*des Sociétés*, t. II, n° 937) va jusqu'à dire que son opinion, qui est contraire à la nôtre, est « *plus claire que le jour*. » Et pourtant sa dialectique ne peut venir à bout de notre conviction.

« Si les créanciers consentent à concorder, écrit-il, la société n'aura éprouvé qu'une suspension, et le consentement de tous les intéressés l'aura réintégrée dans ses conditions d'existence. Mais ceci est le résultat du consentement des intéressés qui, par sa puissance, peut la relever de sa chute. »

Ce raisonnement a tout l'attrait de l'ingéniosité. Mais il fait, semble-t-il, trop bon marché de cette vérité que si la société est dissoute, ce qui veut dire qu'elle est morte, elle ne peut renaître qu'en se conformant à toutes les prescriptions légales qui entourent et protègent la naissance des sociétés. Or, telle n'est pas l'idée de M. Troplong. Nous économisons, quant à nous, cette contradiction fondamentale, en ne parlant pas de dissolution, mais en montrant seulement le fonctionnement de la société suspendu pour les besoins de la faillite jusqu'au concordat.

Pardessus enseigne la même doctrine (*Dr. Com.*, n° 1060), mais il est certain que la question lui paraît moins claire qu'à Troplong. Ce qui lui laisse des doutes, c'est qu'après le jugement déclaratif les administrateurs ou gérants peuvent intervenir aux opérations de la faillite pour lesquelles la loi parle de la présence du failli. Il se tire de difficulté, en présentant cette intervention comme purement conservatoire. L'explication nous paraît insuffisante, car si la société est dissoute les administrateurs ne sont plus investis d'aucun mandat, et ils n'ont point qualité pour représenter le failli. Les syndics se passeront de leur concours. (Voy. dans le même sens Duranton, t. XVII, n° 474; Eug. Persil, *des Sociétés*, p. 348.)

La jurisprudence admet, comme nous, que la faillite des sociétés n'emporte pas leur dissolution. La Cour de Cassation

a sanctionné cette doctrine par un arrêt du 9 mai 1854, et elle a décidé, en conséquence, que la dissolution peut encore être prononcée à la requête des ayants-droit, après la déclaration de faillite. Le jugement intervenant peut donc nommer des liquidateurs chargés de représenter « l'être moral et surtout les commanditaires », cette nomination n'ayant rien par elle-même d'incompatible avec l'existence des syndics. (Sirey, 1854. 1. 673.) L'arrêtiste assure que cette solution était, à cette époque, neuve en jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1853 (Sir. 1854, 2. 341) décide effectivement que, *la dissolution de la société ayant lieu dans ce cas de plein droit*, l'obtention d'un concordat par l'associé failli ne ferait pas revivre la société, bien que la dissolution n'en eût pas été formellement prononcée avant le concordat. Nous aurons plus tard à apprécier la valeur de la solution elle-même, en étudiant la question du concordat, mais pour le moment c'est le principe invoqué que nous contestons.

Mais nous relevons un arrêt de Paris, 27 décembre 1838 (S. 1839. 2. 347) portant que lorsqu'une société anonyme a été déclarée en faillite, elle doit être appelée dans la personne de ses gérants ou de son liquidateur (si elle a été antérieurement dissoute) à l'assemblée des créanciers convoqués par les syndics provisoires. Vainement dirait-on que la faillite les a dépouillés de leurs pouvoirs. Il s'agissait, dans l'espèce, de savoir s'il avait pu être passé outre à la formation de l'union, avant que le liquidateur eût été appelé et entendu dans ses explications. Cet arrêt, en assimilant, dans les motifs, les gérants à des liquidateurs, indique bien que, dans l'opinion des magistrats, la société est encore représentée par ses gérants et que par conséquent elle n'est pas dissoute de plein droit.

La jurisprudence est aujourd'hui conforme à l'arrêt de cassation précité. (Voy. Lyon, 3 juillet 1862, Sir. 1863. 2. 139, et Paris 12 juillet 1869, Sir. 1871. 2. 233). Il est admis que la faillite d'une société n'entraîne pas de plein droit sa dissolution. Les auteurs se rattachent, en grande majorité, à cette doctrine (Lyon-Caen et Renault t. I, p. 301; P. Pont, Sociétés commerciales, t. II, p. 761).

Notons, pour en finir sur ce point, que les intéressés pourraient après faillite provoquer la dissolution de la société; mais ils devraient alors invoquer une autre cause de dissolution que celle fournie par le jugement de faillite, et en administrer la preuve.

Ainsi le jugement déclaratif de faillite ne frappe pas la société dans son existence; il ne l'atteint que dans son fonctionnement. Elle subsiste, blessée et malade si l'on veut, mais elle peut, la fortune aidant, revenir à elle, et reprendre sa place, grâce à un concordat heureusement obtenu. Elle n'est point dissoute. Il doit donc lui être accordé une possibilité de représentation, d'une part, pour la défense de ses intérêts dans la faillite aux conditions ordinairement prévues, pour les faillis, et, d'autre part, pour l'obtention éventuelle du concordat.

Telle est la situation de la société dès que le jugement est rendu. Elle peut du reste l'attaquer ainsi qu'il sera dit.

B. — A l'égard des Associés.

Nous avons vu que la société subsiste. Nous avons indiqué *in fine* quels sont, en principe, ses éléments d'activité à l'égard de la faillite.

Voyons ce qu'il advient des administrateurs ou gérants d'une part, et des actionnaires de l'autre. Peuvent-ils, tout d'abord, attaquer le jugement?

Seconde question : S'ils se soumettent, de gré ou de force, quel est le changement opéré pour eux?

Sur le premier point, la solution est peu embarrassante. Nous appliquerons sans difficulté spéciale les art. 580 et s. C. Com. L'opposition est recevable de la part des représentants de la société, administrateurs ou gérants, dans le délai de huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée pendant un mois, après l'accomplissement des formalités de publicité prescrites. Les actionnaires doivent être considérés comme des parties intéressées, car le régime de la faillite modifie très-sensiblement leur situation. (V. *Paris*, 5 février 1872, S. 73, 2. 75.)

Quant à l'appel, il peut être interjeté par tous ceux qui ont

été parties au procès et par eux seulement; nous n'avons rien à signaler ici. Qu'il nous suffise de renvoyer à ce qui a été dit ci-dessus (p. 103, s.), pour savoir quelles personnes peuvent figurer au procès.

Sur le second point, les développements à fournir sont délicats et importants. Envisageons d'abord notre question pour les administrateurs de sociétés anonymes.

Administrateurs. — On sait que le conseil d'administration constitue pour toute société l'organe indispensable par excellence. Sans lui, la société n'est qu'une masse inerte sans mouvement.

La faillite est déclarée : que devient le conseil d'administration ?

D'aucuns assurent qu'il disparaît avec et comme la société elle-même. Nous avons réfuté cette erreur; elle n'est qu'un corollaire de la doctrine d'après laquelle la faillite de la société entraîne de plein droit sa dissolution. (Voir *supra*, p. 117, s.)

Mais d'autres auteurs, des plus considérables, arrivent au même résultat, par une voie différente. Ils repoussent avec nous l'idée que la société soit dissoute, et cependant, ils enseignent sans hésitation que les administrateurs sont dépouillés de plein droit de toute mission par la faillite de l'être moral.

C'est à cette conclusion que nous refusons de souscrire. La question, on le verra par la suite, est d'une très-grande importance. Et cependant les textes ne se prononcent pas. La jurisprudence elle-même ne fournit presque pas de monument, et les auteurs paraissent en général éviter toute précision sur ce difficile sujet.

Nous avons vu que l'arrêt de la Cour de Paris du 12 juillet 1869 (S. 1871. 2. 233) rejette la théorie d'après laquelle la société serait dissoute. La faillite n'emportant pas dissolution, la société continue à être représentée, dans les opérations de la faillite, par ses administrateurs en exercice : telle est la doctrine de cet arrêt.

M. Lyon-Caen, qui annote cet arrêt, admet le principe et repousse la conséquence. Pour lui les administrateurs ne sur-

vivent en aucune façon à la faillite, parce qu'ils sont les « mandataires de la société », et que, d'après l'art. 2003 C. Civ., la faillite du mandant met fin au mandat.

« Or, le mandant, dit le savant professeur, c'est la société; « ce ne sont pas, comme le dit à tort notre arrêt, les actionnaires, qui se distinguent de la personne morale société, « seule en faillite. »

Pardessus (n° 1060) présente le même raisonnement, bien que, contrairement à M. Lyon-Caen, il n'en ait pas besoin, puisqu'il considère la société comme dissoute.

Nous refusons, pour notre part, cette portée à l'art. 2003 C. Civ. Le mandat spécial des administrateurs ne nous paraît pas frappé par cette disposition.

Et d'abord les administrateurs n'ont-ils bien réellement par rapport à la société que la qualité de mandataires? Il nous semble, tout au moins, que ce sont des mandataires un peu particuliers. Que serait, en effet, la société sans eux? On peut dire qu'elle serait pour ainsi dire sans vertu. On ne conçoit pas une société sans administrateurs : cela est si vrai que si, pour une raison ou une autre, ils viennent à disparaître, la justice pourvoit provisoirement à leur remplacement. Sans administrateurs, l'existence sociale est donc paralysée : les tiers n'ont plus prise sur elle, comme elle est elle-même isolée et séparée des tiers. Or, dans tout mandat, si le mandataire disparaît, les tiers ont la possibilité de s'adresser au mandant, et le mandant de s'adresser directement aux tiers. C'est en vue de cette situation, qui est la plus fréquente, que l'art. 2003 a été écrit. Etendre sa disposition à des cas où, le mandat disparaissant, le mandant serait impuissant à exercer ses droits, c'est violer l'équité. C'est aussi violer l'esprit de la loi, car en décidant que le mandat finit par « la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la « déconfiture du mandant, » la loi ne fait qu'une application expresse de ce principe bien connu qu'on ne peut pas faire par autrui ce qu'on ne pourrait faire par soi-même : il est clair que le mandataire du failli ne doit pas conserver le pouvoir de faire, en vertu de son mandat, pour le compte

du failli des actes pour lesquels celui-ci est désormais frappé d'impuissance. Tel est le sens juridique de l'art. 2003 C. Civ. Ce texte statue de *eo quod plerumque fit*, et il suffit de lire l'énumération qu'il contient pour se rendre compte que, loin d'avoir le caractère d'une disposition absolue, il a simplement la valeur d'une disposition purement réglementaire écrite en faveur de la volonté probable des parties, mais qui ne saurait être appliquée à notre hypothèse, parce qu'alors elle équivaldrait à la perte irréparable du prétendu mandant.

Nous repoussons donc l'argument tiré de l'art. 2003 par des raisons juridiques puisées dans cet article lui-même.

Mais nous n'hésitons pas, en outre, à l'écarter complètement pour une seconde raison, que nous avons déjà laissé entrevoir, c'est que les administrateurs ne sont pas pour nous exclusivement les mandataires de la société : ils sont en quelque sorte la société elle-même, comme les gérants dans les commandites. Il y a identité, dans notre cas, entre le mandant et le mandataire : sans administrateur, la société ne peut pas naître (voyez loi 1867), et si les administrateurs disparaissent, après sa naissance, la société se trouve menacée de disparaître. Les juristes ont pu introduire dans la théorie du droit l'idée spéculative des personnalités juridiques, mais ils n'ont pu le faire que parce que les personnes morales, qui ne peuvent agir ni parler, ont des organes par lesquels elles peuvent remplir les fonctions essentielles à la vie juridique. Supprimez l'organe vital, la vie disparaît avec la fonction. Il ne faut pas, dit-on, multiplier les fictions ; dès lors, comment admettre l'existence fictive « d'une société », si cette société n'a pas ce qui est nécessaire à la vie ?

Donc, sans administrateurs, la société ne peut pas naître, et elle ne peut vivre que provisoirement, grâce à des mesures d'exception, comme est la nomination d'un administrateur provisoire. Est-ce là la situation réciproque et normale du mandant et du mandataire ? Nul n'oserait le prétendre.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici les règles ordinaires du mandat, sans distinguer ; cela est en définitive d'autant plus vrai que, nous le répétons, la révocation du mandat équiva-

draît en droit, et à peu près certainement aussi en fait, à la rétractation de la société.

Donc, c'est tout à fait à tort que l'art. 2003 a été jeté au débat.

Mais là ne sont pas les seules objections que nous devons présenter à la doctrine que nous attaquons.

Le régime de la faillite lui-même est organisé de telle façon, qu'il suppose en quelque sorte nécessairement le maintien des administrateurs.

Les opérations de la faillite sont, en effet, confiées à des personnes qui n'ont à leur réussite aucun intérêt personnel appréciable. Le législateur, en décidant ainsi, a supposé que les parties intéressées interviendraient, en fait, pour veiller à la sauvegarde de leurs droits. Aussi leur a-t-il expressément accordé certains moyens de contrôle, voire même de coercition.

Or, les parties intéressées ce sont les créanciers d'une part, et le failli lui-même d'autre part. Les art. 475, 478, 494, 505, 506, 519, 532, 537, C. de Com., énoncent des cas déterminés où le failli a le droit de défendre ses intérêts. L'art. 487, pour certaines transactions, accorde même au failli un droit de *veto* absolu.

Comment la société, c'est-à-dire le failli, pourra-t-elle intervenir, si elle n'a plus ses administrateurs ?

Cette objection nous paraît insurmontable. La révocation du mandat des administrateurs par la faillite serait pour les sociétés une aggravation immense du régime légal de la faillite. Il suffit de lire les textes précités, pour voir que nous n'exagérons rien.

Aussi bien nos adversaires ont-ils essayé d'écarter la difficulté, en supposant qu'on convoquerait à nouveau les actionnaires. Pardessus l'enseigne ; M. Lyon-Caen, dans la note signalée ci-dessus, indique aussi le remède de sa propre théorie. « Les pouvoirs des administrateurs cessent par la « faillite de la société ; nous croyons, en conséquence, qu'une « assemblée générale doit désigner spécialement les personnes « qui pourront conclure le concordat au nom de la société « tombée en faillite. »

Dans son précis de droit commercial, le même auteur, ayant

sans doute des hésitations, indique un moyen différent : « Il est utile que le *tribunal* nomme des liquidateurs appelés à « jouer dans la faillite le rôle dévolu au failli, quand il s'agit « d'un individu. » (Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3114, p. 917). Mais ce moyen sera pire que le mal : car le tribunal ne peut nommer de liquidateur qu'à la condition de prononcer la dissolution, et celle-ci, d'après une opinion généralement admise que nous repoussons, rendra tout concordat impossible.

Notre système évite avantageusement toute difficulté. En fait, il économisera l'intervention du tribunal, que les intéressés devraient nécessairement solliciter pour obtenir, en l'absence d'administrateurs, une convocation de l'assemblée générale. De plus, il se trouve en conformité d'esprit avec le législateur, dont l'intention souvent révélée est de veiller aux intérêts de l'actionnaire, en lui épargnant les difficultés de toute initiative à prendre.

Enfin, même si nous supposons les actionnaires suffisamment actifs et prévoyants pour s'inquiéter de la situation et introduire la demande, combien de temps faudra-t-il pour que la société soit pourvue à nouveau ? Et comment sa place sera-t-elle occupée pendant ces délais nécessaires ?

Nous n'hésitons donc pas, avec l'arrêt ci-dessus, à décider que le mandat des administrateurs survit à la faillite de la société (*Sic* Boistel, n° 1040 *in fine*). Ils continuent donc à représenter la société, et sont responsables, dans les termes du droit commun, envers l'assemblée générale.

Leur mission, certes, est singulièrement modifiée : elle se réduit, pendant la durée de la faillite, au contrôle, à la sauvegarde des intérêts des actionnaires dans les cas énumérés par la loi où le failli peut ou doit intervenir, et à l'œuvre considérable de la préparation du concordat.

Ils ne perdent leur qualité d'administrateurs que s'ils sont révoqués par l'assemblée générale régulièrement convoquée, ou si la dissolution de la société est prononcée, soit par l'assemblée elle-même, soit par les tribunaux, dans les cas prévus par la loi et par les statuts. (Voy. les art. 31, 37 et 38 de la loi du 24 juillet 1867.)

En pratique, la faillite ne survient ordinairement que dans des circonstances de fait où la dissolution de la société pourra être prononcée par les tribunaux ; mais ceux-ci feront bien de n'y consentir, à notre avis, que si l'impossibilité d'un concordat est bien établie. L'art. 37, en effet, leur laisse un certain pouvoir d'appréciation.

Telle est la situation faite aux administrateurs par le jugement déclaratif de faillite. Nous ne posons que les principes, on le voit : les conséquences devront être déduites lorsque nous examinerons la marche de la faillite, dans le chapitre II.

Les gérants. — Ce que nous avons dit des administrateurs des sociétés anonymes s'applique également aux gérants des commandites par actions. Ils en sont les administrateurs, avec ceci de particulier que, plus encore que les administrateurs des sociétés anonymes, ils s'identifient avec la société elle-même. A tel point que la perte du gérant, s'il n'y a convention contraire, serait une cause de dissolution de la société.

Le gérant continue donc à représenter la société, avec la double mission, signalée plus haut pour les administrateurs, de défendre ses intérêts dans la faillite ainsi que de droit, et de préparer le concordat.

Quant aux membres du conseil de surveillance et aux commissaires ou censeurs, leur mandat n'est pas davantage révoqué. Cela est, pour eux, d'autant plus juste qu'ils ont pour mission de veiller pour le compte des actionnaires, et que la faillite ne détruit pas l'utilité de cette mission.

Mais à l'égard des gérants, il est une question d'importance considérable, qui divise les auteurs, et dont nous devons ici nous préoccuper : elle se rattache à l'interprétation de l'art. 438 C. Com.

« En cas de faillite d'une société en nom collectif, la déclaration contiendra le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. Elle sera faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège du principal établissement de la société. »

Diverses opinions ont été émises pour rendre compte de

ce texte et des nombreuses difficultés qui l'entourent. Mais une question générale prime toutes les autres : la faillite de la société entraîne-t-elle de plein droit celle des associés solidaires ?

C'est dans ces termes que le problème se pose. Le principe une fois dégagé, nous pourrions déduire la solution logique des difficultés auxquelles nous faisons allusion.

Tout d'abord, il est certain que les actionnaires et commanditaires ne sont pas personnellement frappés de faillite. Ils ne sont pas commerçants.

Deux doctrines sont en présence. L'une soutient la négative, et l'autre enseigne l'affirmative. De part et d'autre, les arguments sont produits en grand nombre.

Les partisans du premier système se refusent à admettre que la faillite de la société entraîne implicitement et *ipso jure* la faillite des associés solidaires, gérants et commandités. Ils exigent des jugements distincts, rendus, pour chacun de ceux-ci, dans les conditions juridiques requises : la faillite de la société n'impliquant pas, du reste, que ces conditions soient suffisamment remplies.

A l'appui de leur thèse, ils invoquent, en premier ordre, l'idée de la personnalité des sociétés de commerce. Si des paiements sont en souffrance, ce sont les paiements qui incombent à la société, être moral juridiquement distinct de la personne des associés. Or, en droit, la faillite n'est point un mal contagieux, qui se communique, par sa seule force, d'un individu à un autre. La faillite est essentiellement personnelle, et la cessation des paiements de l'un n'est point la cessation des paiements de l'autre.

Ceci posé, ne faudrait-il pas des textes de loi formels et explicites pour admettre l'opinion contraire ? Or, dit-on, ces textes n'existent pas. L'art. 438 C. Com. précité, ne vise qu'une indication d'utilité pratique ; l'art. 458 édicte une mesure purement conservatoire, et ne fournit aucun préjugé du fond ; enfin l'art. 531, écrit en vue des solutions possibles de la faillite, n'a pas à s'occuper des conditions d'ouverture.

Mais le principe de la personnalité des sociétés et le silence

prétendu des textes, ne suffisent point. On fait remarquer que l'intérêt général des affaires impose impérieusement les conclusions de la négative. Les intérêts des associés, dit-on, peuvent être en complet désaccord avec les intérêts de la société elle-même : si la faillite de celle-ci absorbe et englobe celle de ceux-là, on se trouvera en présence d'une liquidation dont les embarras seront inextricables. Enfin, si on admet que des masses distinctes doivent être organisées, pourquoi en confier l'administration à une même faillite ? C'est à ce résultat vraiment peu attrayant qu'on en arrive nécessairement, ajoute-t-on, si on admet l'affirmative.

Une dernière considération est présentée : l'ancien gérant peut, en dehors du patrimoine social, posséder une fortune personnelle importante. La cessation de paiements de la société peut lui être inconnue : serait-il juste et équitable de le considérer comme failli de plein droit ? S'il paye les dettes sociales, il ne doit pas être mis en faillite : s'il ne les paye pas, les créanciers feront prononcer sa faillite. Mais au moins faut-il que le refus ou l'impossibilité de payer soient établis : il n'est pas permis de présumer un fait aussi grave, et c'est ce que l'on fait dans la doctrine contraire.

Cette argumentation, on le voit, invoque le droit, le fait et l'équité. Nous l'avons présentée en en résumant les éléments d'une façon théorique. Plus tard nous examinerons les auteurs et la jurisprudence.

Notre conviction est acquise à la doctrine contraire : nous estimons que la faillite de la société entraîne *de plein droit* celle du gérant, et qu'il n'y a qu'une seule et unique faillite : ainsi le veulent d'une part les principes qui régissent les sociétés en commandite, les textes et l'esprit de la loi, et, d'autre part, la nécessité de la pratique.

Les gérants sont, dans les commandites, personnellement et indéfiniment responsables du passif social. Ils sont, nous l'avons dit, en quelque sorte, la société elle-même : c'est leur commerce, ce sont leurs affaires personnelles que l'on commandite, et la société fonctionne sous leur nom. L'idée de la personnalité des sociétés est une fiction fort utile ; mais elle

ne prévaut pas contre le fait nécessaire. Elle est imaginée en faveur des créanciers sociaux pour soustraire l'actif social aux revendications des créanciers personnels des associés. En dehors de ce but, point n'est juridique de l'invoquer comme un principe et de dire que la faillite de l'être social lui est personnelle à l'égard même de son gérant. Cela est inexact : pour les créanciers sociaux, — la société et le gérant ne font qu'un, il y a identité. Le gérant, pour eux, n'est pas un simple mandataire, il absorbe en lui la société, et c'est pour cela que la faillite de la société et la faillite du gérant ne font qu'une seule et même faillite.

Les textes sont conformes à cette interprétation : la loi de faillite nous paraît avoir ainsi réglé la situation.

En vain, dit-on, dans l'opinion adverse, de l'art. 438 C. Com. qu'il ne vise qu'une indication d'utilité pratique : on concevrait difficilement que la loi ne se fût occupée de la faillite des sociétés que pour prescrire une formalité inutile et sans portée.

L'art. 438 ordonne que la déclaration de cessation des paiements de la société contienne le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. Cette prescription qui assimile, à ce point de vue, les associés solidaires au failli serait sans utilité si elle ne visait pas le fond du droit, car les renseignements dont elle s'occupe sont connus sans difficulté *du public*.

Il n'en est plus de même, si on considère avec nous que l'art. 438 a pour but d'éclairer *le tribunal*. Or, celui-ci a besoin d'être éclairé, parce que la faillite de la société qu'il va prononcer entraîne la faillite des divers associés dont les noms doivent figurer dans la déclaration déposée au greffe. Le tribunal, cela est évident, doit connaître les noms et l'indication du domicile de ces diverses personnes, parce que le jugement qu'il est appelé à rendre frappe ces personnes, et leur est opposable. Si ce jugement devait leur être étranger, et ne point les frapper, la disposition serait inutile ; et il les frappe en ce qu'il entraîne nécessairement leur faillite. C'est du reste ce qui ressort des travaux préparatoires avec évidence : dans la séance de la Chambre des députés du 4 avril 1838, un membre de cette

assemblée, M. Mermilliod, insista pour faire consacrer le système opposé, — mais son avis ne fut pas admis et ce fut le nôtre qui l'emporta.

L'argument que nous avons présenté, rapproché de l'incident parlementaire que nous mentionnons, suffit à démontrer que la portée de l'art. 438 est tout autre que ce que disent les partisans de la négative. Ajoutons que ces derniers ne montrent pas du tout l'utilité que peut présenter, dans leur doctrine, l'indication prescrite par l'art. 438.

Nous reconnaissons qu'un peu de clarté et de précision eût été ici de grand soutien ; mais le législateur de 1838 a eu l'imprudence de négliger, dans la confection de sa loi, le cas si important de la faillite des sociétés, et nous nous heurtons, en cette partie de notre étude, à l'une des plus importantes difficultés que son laconisme ait soulevées.

Nous ne voyons pas, quant à nous, d'autre explication plausible de notre texte.

Ajoutons que l'art. 458 C. Com. apporte une confirmation très précieuse à notre interprétation. Si les scellés doivent être apposés au domicile des associés solidaires, c'est que la faillite sociale les frappe personnellement. L'apposition des scellés, dans notre loi, est en effet une mesure réservée aux faillis ; les autres intéressés y échappent.

Enfin l'art. 531, dont nous aurons plus tard à présenter une théorie presque complète, est tout à fait conforme à notre manière de voir, puisqu'il suppose que les biens personnels de chaque associé sont sous le régime de l'union et confondus avec l'actif social, tant que les créanciers ne lui ont pas consenti de concordat. S'il en est ainsi, c'est que la faillite sociale a entraîné pour lui aussi le régime de faillite.

Ces trois textes, rapprochés les uns des autres et de l'article 604 C. Com. relatif à la réhabilitation, constituent un puissant faisceau de preuves en faveur de notre thèse, — et il nous paraît impossible de le renverser.

Ainsi les principes et la loi sont, d'après nous, d'accord sur ce point. Nous devons ajouter que l'intérêt général des affaires est, à nos yeux, très-vivement engagé dans le même sens. Les

difficultés, les embarras, les complications dont parlent nos adversaires sont au contraire très-diminués par l'unité de la faillite. Que d'intérêts communs dans une société entre la société et les associés solidaires ! Faudra-t-il en confier la gestion à des syndics, à des tribunaux et à des juges-commissaires différents et souvent éloignés les uns des autres ? Quelle multiplication de frais et quelle dépense de temps n'entraînerait point un pareil système ! En vain nous objecte-t-on que les intérêts divergents ne seront pas également sauvegardés par l'administration commune. C'est une objection qui n'est pas spéciale à notre cas, et, dans la faillite de tout commerçant, il peut y avoir lutte entre créanciers sans qu'on procède à la constitution d'autant de faillites qu'il y a de créanciers ayant des intérêts divergents : le remède à cette situation exceptionnelle est très-suffisamment organisé par la loi (voy. art. 494 et 465 C. Com.) et par la jurisprudence qui reconnaît un droit de contestation en justice aux créanciers ayant des droits propres et distincts à faire valoir (voy. Paris, 17 avril 1885, *le Droit*, n° du 28 mai 1885 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n°s 2811 et s., 2865, *ad notam*).

Enfin quant à la prétendue difficulté qu'il y aurait à établir deux masses, nous ne voyons pas en quoi notre système rend cette nécessité plus difficilement réalisable, et nous nous rendons au contraire très-bien compte qu'en réunissant dans les mêmes mains tous les documents et pièces de la faillite on fera l'économie très-appréciable du temps et du travail qu'il faudrait pour mettre d'accord des administrations fatalement condamnées à de réciproques inimitiés.

Il nous reste à examiner l'objection tirée de ce que le gérant ou les autres associés solidaires peuvent être en état de payer, et que par conséquent il serait absurde de les considérer comme des faillis.

Cette objection nous paraît sans valeur.

Nous estimons en effet que la cessation des paiements de la société ne peut être constatée que par des signes également propres à établir la cessation des paiements de chacun des associés solidaires. Ceux-ci sont personnellement débiteurs

de toutes les dettes de la société : ils doivent donc subvenir à tous les besoins de la caisse sociale. Cette caisse est, en ce sens, leur propre caisse. Le jugement rendu contre la raison sociale englobe tous les associés ; le créancier qui l'a obtenu peut le faire exécuter contre chacun d'eux sans le secours d'une nouvelle décision qui le frappe personnellement (V. Pont, II, n° 1407). Tout paiement en souffrancé pour la société l'est donc également pour le gérant. Dès lors, les réclamations et demandes d'argent adressées à la raison sociale, s'adressent au même titre à chacun des associés solidaires. Il est juste en ce sens de dire que ceux-ci ne doivent pas *accessorio nomine*, mais *principaliter* ; il n'y a donc pas lieu de tirer argument contre nous de ce que la faillite du débiteur principal n'entraîne pas la faillite des cautions.

Dans notre espèce, le seul fait que la caisse sociale n'a pas pu payer, prouve que les associés solidaires manquent à leur obligation, qui est de payer. Cela suffit pour établir leur cessation de paiements. C'est donc en vain que certains auteurs ont prétendu que notre solution avait cet effet injuste d'autoriser la faillite d'une personne qui n'est pas en état de cessation de paiements.

Il est également superflu d'arguer de l'ignorance possible des gérants. C'est là un inconvénient qui est inhérent aux principes mêmes de la loi de faillite : la cessation des paiements d'un commerçant peut toujours se produire dans des circonstances telles que le commerçant n'en soit pas informé. Il en sera ainsi par exemple s'il est en voyage. Mais ce cas rare n'est point spécial aux membres des sociétés : il s'applique aussi bien à tous les commerçants du monde. De même que tout commerçant doit pourvoir à tous les besoins de sa caisse, de même tout associé solidaire doit pourvoir à tous les besoins de la caisse sociale : l'obligation personnelle est la même, pourquoi s'étonner que la sanction en soit identique ?

Nous pensons avoir ainsi suffisamment établi le caractère juridique de notre doctrine. Il nous reste à examiner rapidement l'avis des auteurs, et la solution de la jurisprudence : hâtons-nous de remarquer qu'ils nous sont aujourd'hui

unanimement favorables. On reconnaît que la faillite sociale entraîne de plein droit la faillite des associés solidaires, et que par suite quand une commandite par actions est mise en faillite, le jugement entraîne également la faillite personnelle du gérant. (Voy. Lyon-Caen et Renault, t. II. n° 3117 ; Boistel, n° 894 ; Laurin, n° 1157 ; Massé, t. II p. 339 n° 1170 ; Alauzet, II. n° 1655 ; Bédarride, I. n° 35 et n° 194, t. II. n° 743 p. 359 s. ; Rivière ; Renouard, t. I p. 251, t. II. p. 137 s. ; Bécane : questions sur les faillites, p. 45 ; Demangeat, t. V. p. 673 et suiv. Mathieu-Bodet, *Rev. de dr. fr. et étrang.* II. p. 641 et s. *Contrà* : Pardessus n° 976 passim ; Malepeyre et Jourdain, des Soc. Com. n° 29 ; Linné, *Rev. de dr. fr. et étrang.* t. II. p. 801 et s. Voy. encore Troplong, des Sociétés t. I. n° 75, Esnault, t. II. p. 393, n° 486.)

Quant à la jurisprudence, elle est constante. (*Contrà* Orléans, 27 nov. 1850, S. 1851. 2. 33 ; Paris. 26 mars 1840. S. 1840. 2. 247.) Le principe n'est plus discuté, mais ses applications donnent lieu à des difficultés où quelquefois les magistrats ont fléchi, en pratique, sous l'influence de considérations étrangères à une saine déduction.

Sous le bénéfice de cette observation, nous n'hésitons pas à citer les arrêts suivants comme ayant très-nettement posé et adopté en droit notre principe : Bordeaux, 2 août 1876, (*Jour. des Sociétés* 1882. p. 174.) ; Cas. Crim. 26 nov. 1880 (*Jour. des Soc.* 1882, p. 165) ; Cas. Req. 9 juin 1882 (*Sir.* 1883. 1. 300.) Cas. Req. 17 avril 1861 (S. 1861. 1. 609) ; Douai, 15 mai et 7 juin 1859 (S. 1860. 2. 84) ; Cas. Req. 23 août 1855 (S. 1855. 1. 829).

Ces arrêts, répétons-le, ont posé et reconnu le principe. Nous pourrions en conséquence nous dispenser d'insister. Mais il convient de faire remarquer que les solutions qu'ils donnent ne sont pas toutes conformes à la prémisse qu'ils admettent. C'est parce que les magistrats qui les ont rendus ont fait application d'une doctrine de jurisprudence, que nous ne saurions trop combattre, mais qui a passé dans la pratique d'après laquelle « un commerçant peut être déclaré en même temps en faillite dans deux endroits et par deux tribunaux

différents pour des opérations de commerce distinctes. » (*Sic. Cas. Req. 23 août 1855 ci-dessus*). L'arrêt du 9 juin 1882 fournit également un exemple semblable : notre doctrine d'unité qui résulte nécessairement du principe posé est en quelque sorte annulée et détruite par cette doctrine qui prévaut, bien à tort, devant nos tribunaux (Voy. pour l'exposé et la réfutation de cette jurisprudence, qui ne vise nullement notre question des associés solidaires, Lyon-Caen et Renault, II. p. 604 et s. et Eudant *Dall.* 1868. 2. 113. *ad notam*).

Dans ces espèces, il a été admis que l'administration des faillites devait demeurer distincte, bien que la faillite de la société entraînant en droit la faillite personnelle de chacun des associés-gérants. A cela rien d'étonnant, puisque la jurisprudence admet la possibilité de deux faillites distinctes et non confondues pour un même individu. Mais notre interprétation des dispositions légales visant la faillite des sociétés subsiste en principe, et les tribunaux, ainsi que nous l'avons dit, l'adoptent sans hésiter, sous le seul bénéfice de la jurisprudence ci-dessus indiquée.

Nous avons, quant à nous, exprimé la solution qui s'impose à nos yeux. Toutes les faillites doivent être centralisées au siège de la faillite sociale, et leur liquidation réunie sous une direction unique.

Cette controverse, un peu longue, nous a permis de préciser la situation juridique créée aux gérants ou autres associés solidaires, dans les commandites par actions, par le jugement déclaratif de faillite. Ils sont eux-mêmes et de plein droit en faillite : le jugement les frappe personnellement, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle décision judiciaire, et toutes ses conséquences de droit doivent leur être appliquées.

Les actionnaires. — Les effets du jugement déclaratif ne se produisent pas à l'égard des actionnaires. Ils ne peuvent être considérés comme commerçants, par conséquent, ni être frappés de faillite. Il ne pourrait en être question que si, en dehors de la société, ils exerçaient une profession commerciale et que, dans leur commerce, il y eût cessation de paie-

ments : à cette condition unique et nécessaire, les syndics de la société pourraient, comme tous créanciers, requérir la faillite personnelle de l'actionnaire, si ses actions n'étaient pas libérées entièrement.

Ce point déterminé, nous devons nous demander tout d'abord si les actionnaires ont qualité pour attaquer le jugement qui prononce la faillite de la société. Il nous paraît sans difficulté que l'art. 580 C. Com. leur donne très-suffisamment ce droit : comme *toute partie intéressée*, ils peuvent former opposition au jugement pendant un mois à partir des publications prescrites. C'est un droit individuel que chaque actionnaire peut faire valoir directement. (Voy. Paris, 5 fév. 1872, S. 73, 2, 75.)

Par le jugement déclaratif, la situation juridique des actionnaires n'est pas modifiée quant au fond : il est plutôt juste de dire que ce sont leurs intérêts qui vont être lésés par la marche, toujours défavorable à l'actionnaire, qui sera imprimée à l'administration de la faillite. Cependant, on peut dire qu'ils subissent un effet juridique de ce jugement dans l'amointrissement de leurs représentants. Les administrateurs, on l'a vu, n'ont plus que le droit de surveiller la liquidation des syndics et de préparer le concordat ; les droits des actionnaires se réduisent donc désormais à cela et à pouvoir demander compte aux administrateurs de ce mandat.

C'est pour eux, on le voit, un pénible changement.

Mais des auteurs et des arrêts ont estimé que cela n'était pas suffisant et qu'il convenait, dans la faillite des sociétés, de frapper les actionnaires eux-mêmes, spéculateurs et capitalistes fort peu intéressants. C'est sans doute dans ce but, et sous l'influence de cette opinion peu bienveillante, qu'on a soutenu que, par le jugement déclaratif de faillite, les actionnaires qui n'ont pas entièrement libéré leurs actions et qui ont terme et délai pour s'acquitter, sont de plein droit privés et déchus du bénéfice du terme. Du jour où la faillite est déclarée, les versements restant à effectuer seraient dus *ipso jure*, et avec les intérêts de droit, sans qu'il fût besoin non pas d'une demande en justice (voy. 1153 C. Civ.), mais même d'un simple avis d'appel de fonds.

Cette doctrine s'appuie sur l'art. 444 C. Com., et 1846 C. Civ.

En droit, l'examen d'une pareille interprétation de la loi nous paraîtrait superflu. Il suffit, en effet, pour en dévoiler le vice radical, de remarquer que l'art. 444 C. Com. a pour but de rendre exigibles, par un effet du jugement déclaratif, les dettes non échues *du failli*. Or, l'actionnaire est-il le failli ?

Cela ne se soutient pas.

Si donc l'actionnaire n'est pas le failli, la déchéance de l'art. 444 C. Com. ne doit pas lui être étendue. Cela seul nous dispense d'étudier la question des intérêts de droit.

Il faudra, d'après nous, que les syndics procèdent régulièrement par appels de fonds : l'actionnaire n'est obligé à payer et ne peut y être contraint que lorsque le capital a été appelé, et dans la limite où l'appel en est fait. Nous verrons plus tard quel est sur ce point le droit des syndics.

Mais si on admettait que les actionnaires, en dehors de toute intervention des syndics, sont immédiatement débiteurs, sans terme ni délai, du restant des versements à effectuer sur leurs actions, il est certain que toutes les controverses auxquelles a donné naissance la détermination des pouvoirs à reconnaître aux syndics en matière d'appels de fonds, n'auraient jamais pris naissance. Or, on sait que cette grave difficulté n'a point encore été définitivement vidée ni par les praticiens, ni par les auteurs. Les débats judiciaires sont aujourd'hui plus nombreux que jamais sur cette question, et cela est plus que suffisant pour prouver que l'art. 444 C. Com. n'est pas considéré comme l'ayant résolue.

Il n'y a donc pas lieu d'assimiler l'actionnaire au failli, en lui étendant une disposition aussi rigoureuse que celle de l'art. 444 C. Com. (Sic., Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3,123 ; Boistel, n° 933 ; Thaller, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1885, p. 295).

Alauzet (t. VI, p. 130, n° 2,489) professe l'opinion contraire. Il considère que la dette de chaque commanditaire ne présente avec les dettes non échues de la société, même déclarée en faillite, qu'une seule différence, celle qui résulte de la limi-

tation de l'obligation du commanditaire. Hormis ce point spécial, il y a identité !

Une telle argumentation mériterait certes les honneurs de plus longs développements de la part de son auteur. Tout au moins conviendrait-il d'indiquer et de préciser les preuves de cette identité ?

On verra plus tard ce que nous en pensons. Mais pour le moment contentons-nous de faire remarquer que la limitation d'obligation résultant de la qualité de commanditaire suffit très-amplement à nous faire écarter l'application de l'art. 444 C. Com., car elle permet de soustraire le commanditaire à cette présomption d'insolvabilité résultant pour tout failli de l'état de faillite qui, avec la nécessité de rendre égale la situation des créanciers, nous donne la raison de cet article. L'unique différence reconnue et signalée par Alauzet suffit donc, à elle seule, à renverser son système.

Nous aurons à examiner ultérieurement quel sera le sort des diverses stipulations qui ont pu intervenir avant la faillite pour atténuer ou limiter la rigueur des appels de fonds. Cette étude figurera dans le chapitre suivant.

Ainsi nous avons établi la situation juridique faite aux actionnaires par le jugement qui prononce la faillite de la société ; nous avons vu l'effet direct et immédiat que produit sur eux ce jugement. Les conséquences de la faillite, que nous exposerons par la suite, montreront que nous avons bien raison de dire que si leurs droits ne sont que bien légèrement atteints au fond, leurs intérêts vont subir un inappréciable dommage.

C. — Les Tiers.

Sur la situation faite aux tiers créanciers, notre tâche est encore plus rapide, ici du moins, que pour les actionnaires.

Au point de vue des voies de recours possibles contre le jugement, et à celui des effets ordinaires et normaux de ce dernier, le droit commun s'appliquera sans difficulté.

L'existence d'une société ne complique la situation que parce que les tiers créanciers peuvent prétendre à exercer des droits,

soit contre les administrateurs ou les gérants personnellement, soit contre les actionnaires. Or, on sait qu'en droit, la masse des créanciers est représentée, dans la faillite, par les syndics : lors donc que l'action à engager intéressera la collectivité des créanciers, les syndics auront qualité pour agir dans les termes du droit commun.

Que si le procès vise seulement l'intérêt personnel d'un créancier, et reste en dehors du cercle commun, il ne doit pas être considéré comme rentrant dans les attributions des syndics, et les créanciers auront qualité pour l'engager chacun séparément soit contre les associés, soit contre les administrateurs ou gérants.

Nous ne faisons ici que poser les principes. C'est plus tard que les conséquences devront en être indiquées et étudiées avec soin, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Mais il faut bien convenir dès maintenant que la simplicité théorique de ces principes, ainsi présentée, ne soulève pas d'objection au point de vue de la saine interprétation du droit commun. (Voy. 443 et 527 al. 2 C. Côm. Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 2680 et 2684).

Telle est la situation faite à chacun des organes de la société. Nous l'avons précisée en droit. Il convient maintenant d'indiquer et d'expliquer quelle va être l'organisation de la faillite ; comment son administration va être dirigée, et quel rôle vont y remplir les divers intéressés dont nous avons parlé ci-dessus.

Les principes que nous avons posés, dans le chapitre premier, vont nous seconder très-utilement dans cette tâche si laborieuse et ardue.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Organisation et Administration de la Faillite.

Nous devons ici, après en avoir indiqué les conditions d'ouverture, décrire la marche et l'évolution de la faillite. Nous savons, par les développements qui précèdent, quelle est la situation juridique créée aux divers intéressés par le jugement lui-même; il nous reste, avant d'aborder les péripéties du combat, à caractériser nettement le rôle des agents de la faillite.

SECTION PREMIÈRE.

Organisation de la Faillite.

Nous donnons cette qualité d'agents de la faillite aux syndics, au juge-commissaire, aux créanciers du failli, au failli lui-même et au tribunal de commerce.

C'est entre eux, en effet, que l'action va s'engager.

On sait que l'existence d'une société, et sa continuation malgré la faillite, donnent ici au failli une situation toute spéciale. Il est représenté par ses administrateurs, dans les différents cas où la loi l'autorise à élever la voix pour la défense de ses intérêts. Ceci n'est qu'un rappel de principes connus.

Du tribunal de commerce et du juge-commissaire nous n'avons rien à dire ici qui fasse contraste avec les conditions normales prévues par le droit commun : on sait que leur intervention dans la faillite est réglée par la loi elle-même; elle sera, dans la faillite des sociétés, ce qu'elle est dans toutes les autres faillites, sans dérogations ni particularités.

Pour les tiers créanciers, ce que nous avons dit à la fin du chapitre précédent nous dispense, pour le moment, de plus longs développements. Mais il faut noter que, dans la faillite d'une société, la plus grosse question de droit que puissent

soulever des créanciers, c'est celle qui est relative à la distinction juridique de l'action des syndics et de l'action individuelle qui leur reste contre les administrateurs. C'est dans la section suivante, à propos des responsabilités et obligations de ces derniers, que nous pourrons l'examiner utilement.

Nous en référant, pour tout ce qui n'est pas spécial à notre sujet, aux prescriptions du droit commun, nous n'avons pas à parler ici de la distinction entre les divers créanciers, de la représentation de la masse, etc... C'est affaire aux ouvrages généraux sur la faillite.

Les syndics représentent, on le sait, le gouvernement de la faillite. Ils agissent dans l'intérêt de la masse des créanciers, en même temps aussi qu'ils représentent le failli « sous la « surveillance et la direction du juge-commissaire, du tribunal « de commerce et des créanciers ». (V. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2792).

Sans insister sur la distinction entre les syndics provisoires, les syndics définitifs et les syndics de l'union, nous devons remarquer que, le failli n'étant pas entendu pour la nomination des syndics, les administrateurs n'ont pas à être consultés. Mais ils peuvent demander, au nom du failli, leur révocation ou leur remplacement : c'est au juge-commissaire que cette réclamation doit être adressée, et si celui-ci, dans le délai de huitaine, n'en saisit pas le tribunal, ils peuvent eux-mêmes le faire. (Voy. art. 467 C. Com.).

Le même droit appartiendrait aux liquidateurs si la dissolution de la société avait été prononcée.

Il peut y avoir plusieurs syndics nommés. On sait que, dans ce cas, l'art. 405 C. Com. décide qu'en principe ils ne pourront agir que collectivement, mais que néanmoins le juge-commissaire peut autoriser spécialement l'un ou plusieurs d'entre eux à faire séparément certains actes d'administration, sous leur propre responsabilité.

Cette disposition légale nous est précieuse. Il nous semble, en effet, qu'en promettant d'attribuer aux syndics des missions parfois différentes et séparées, elle nous fournit un excellent moyen de régler et d'organiser, dans la pratique, pour les

faillites des sociétés en commandite, un système d'administration qui présente une très-suffisante garantie aux créanciers personnels des gérants. Il suffira, pour cela, que le juge-commissaire attribue à l'un des syndics cette mission spéciale prévue par l'art. 465 C. Com.

Si ce procédé dont nous conseillons très-vivement l'adoption passait dans la pratique, nous pensons bien que les objections de fait adressées au système d'unité que nous avons soutenu disparaîtraient entièrement. L'administration de la faillite sociale, disons de la faillite commune, serait conduite par les co-syndics sous leur responsabilité solidaire ; mais les actes d'administration particuliers au patrimoine personnel des associés gérants seraient confiés à l'un des syndics qui, agissant sous sa responsabilité propre, jouirait d'une autonomie parfaitement suffisante. Les intérêts des créanciers personnels se trouveraient ainsi pleinement sauvegardés.

Les syndics de la faillite agissent dans l'intérêt des créanciers, avons-nous dit. Ils représentent en même temps le failli ; mais on conçoit que cette idée de représentation, de mandat imposé par la loi, doive disparaître lorsqu'il s'agit pour le failli d'intérêts à débattre à l'encontre de la masse des créanciers.

C'est dans ces cas que, selon nous, le conseil d'administration devra agir. Il pourra même, à cet effet, convoquer des assemblées d'actionnaires, sans que les syndics puissent s'y opposer. Les syndics, en effet, sont imposés au failli, mais dans les limites seulement où cela est nécessaire pour que les biens de la faillite, qui constituent le gage des créanciers, ne puissent pas leur être soustraits : tel est le principe du dessaisissement dont est frappé le failli, telle en est la raison d'être. Mais les droits sociaux des actionnaires ne peuvent être atteints que dans cette mesure : dès lors, si le gage des créanciers n'est plus en question, ils peuvent se réunir et délibérer, en se conformant aux statuts sociaux, sur leurs intérêts propres.

Les syndics ne représentent donc pas les actionnaires, ils ne représentent que la société, et seulement pour les besoins de la

liquidation telle qu'elle est organisée par la loi de faillite, c'est-à-dire pour la sauvegarde des créanciers.

Les conséquences à tirer de cette prémisse sont intéressantes. Nous ferons remarquer simplement ici que, par la suite, nous aurons souvent à les mettre en relief.

Notons cependant, dès maintenant, que les actes émanant des administrateurs, c'est-à-dire de la société faillie, en dépit du dessaisissement, sont valables en eux-mêmes, sauf à ne pas être exécutés au détriment de la masse. Leur effet se produirait du jour où la masse serait désintéressée. Ces observations ont pour but d'indiquer que nous ne considérons pas les syndics comme investis de la pleine représentation de la société.

On verra, en outre, plus tard, que les droits pécuniaires propres aux actionnaires, ne se confondent pas toujours avec ceux que les syndics peuvent exercer dans l'intérêt de la masse. Le principe n'est pas douteux, mais les applications en sont délicates à découvrir, car le plus souvent les droits des actionnaires sont également ceux de la société et, à ce titre, paraissent frappés par le dessaisissement.

Telle est l'organisation de la faillite de la société. Nous avons vu le rôle qui incombe à chacun de ses agents, et nous venons, en particulier, de caractériser la mission des syndics. Ce qui précède, rapproché ainsi qu'il convient des règles ordinaires de la matière, constitue un ensemble de principes indispensables pour résoudre les difficultés que soulèvent la plupart de nos faillites de sociétés.

Nous devons aborder l'examen de ces difficultés, qui se rattachent à l'administration de la faillite.

Cette administration poursuit un double but : réaliser l'actif et régler le passif. Nous essaierons d'étudier les deux ordres d'opérations qu'entraîne cette double fin, dans les deux sections suivantes :

SECTION DEUXIÈME.

Réalisation de l'Actif.

Nous négligeons, à dessein, de nous occuper des formalités de la faillite, lorsqu'appliquées à notre sujet elles ne présentent pas de particularités.

Mais, dans la pratique, les procès que soulève la réalisation de l'actif social entre les mains des syndics sont nombreux.

Depuis quelques années même, nos tribunaux sont assiégés tantôt par les actionnaires mécontents, tantôt par les administrateurs eux-mêmes (ce qui est plus rare), tantôt et surtout par les syndics des faillites de sociétés. Le mouvement passionné d'affaires qui, après avoir largement contribué à la prospérité publique, a fini par écraser notre marché financier en 1882, a eu peut-être dans le prétoire son plus long retentissement. Telle est la fin naturelle des excès de l'agiotage et de la spéculation.

Si l'on veut examiner la marche ordinairement suivie dans les faillites issues de cette vaste crise, en se plaçant à un point de vue pour ainsi dire *historique*, on verra que, mis à la tête d'une de ces faillites, les syndics ont pris en quelque sorte l'habitude de poursuivre tout d'abord la nullité de la société.

De là est né cet abus des nullités, contre lequel nous ne saurions trop protester, dans l'intérêt de la loi aussi bien que dans l'intérêt compromis des affaires. On sait que nous avons réservé un chapitre spécial à cette hypothèse de la nullité de la société.

Investis de leurs fonctions, les syndics agissent aussitôt et en même temps contre les actionnaires ; enfin, le plus souvent, ils assaillent les administrateurs passés et les fondateurs, en dehors et en outre de la demande en nullité, destinée surtout à les frapper, de poursuites en responsabilité, visant les actes de leur administration.

Ce n'est pas tout ! car de cet ensemble de débats, il naît pour les intéressés une véritable fièvre processive, dont l'effet est

de multiplier à l'infini les revendications des actionnaires et des créanciers contre les représentants de la société, que l'on considère le plus souvent comme responsables de l'esprit d'aventure auquel tout le monde a participé en commun, mais dont personne ne veut accepter la juste punition.

Telles sont les difficultés judiciaires soulevées ; tel est aussi le cadre d'études qui nous est assigné. Car, en dehors de ces discussions, le droit commun subit son application ordinaire.

Nous devons donc nous demander tout d'abord à quelles conditions les syndics pourront agir contre les actionnaires, contre les administrateurs et contre les gérants. Quel est leur droit ?

Nous aborderons en même temps l'étude des recours ou poursuites qui peuvent être engagés en dehors des syndics, soit par les créanciers, soit par les actionnaires pris individuellement.

Voilà pour les responsabilités civiles. Les questions de droit pénal, si souvent soulevées, devront enfin retenir notre examen.

A. — Droits des Syndics contre les Actionnaires.

Lorsqu'une société, tombée en état de cessation de paiements, est mise en faillite, on peut concevoir ou que le capital social ait été intégralement versé dans la caisse de la société par les actionnaires, ou qu'une partie de ce capital reste encore à verser.

Dans la première hypothèse, la mission du syndic va se trouver fort allégée, et ce ne sera que dans des cas rares et exceptionnels qu'il aura à agir judiciairement contre les actionnaires. Mais, dans la seconde hypothèse, le recouvrement du capital social donnera lieu, en pratique, à d'innombrables procès. Il y a, en effet, chez les actionnaires, au moment où la faillite est déclarée, un sentiment très-net de la situation : l'argent qui sera versé entre les mains du syndic, sera de l'argent perdu sans espoir ! Ajoutez à cela que les dettes de la société n'étant pas, en définitive, considérées comme des dettes personnelles de l'actionnaire, celui-ci ne se croit pas tenu d'honneur à en procurer le paiement. Etranger aux causes de

ruine, il prétend rester étranger pour sa part à l'œuvre de réparation : aux auteurs responsables et souvent enrichis, de se débattre avec les difficultés présentes.

Les syndics au contraire, et la justice avec eux, refusent d'entrer dans ces considérations. Sauvegarder les intérêts des créanciers à l'encontre de toutes autres parties, tel est leur but, telle est leur ligne de conduite absolument constante. L'actionnaire a souscrit le capital social, rien n'est susceptible de le libérer qu'un paiement en numéraire.

Telles sont les dispositions d'esprit dans lesquelles les divers intéressés se trouvent réciproquement placés. Il serait aisé à tout censeur des mœurs, d'en tirer maintes satires contre les spéculations du temps : notre tâche est plus modeste. Nous devons nous borner à une étude juridique.

On peut encore concevoir que les syndics s'adressent aux actionnaires pour exiger d'eux certaines restitutions. Mais alors il importe de remarquer que leur prétention n'est en somme qu'une forme nouvelle du procès relatif au versement complet du capital : ils exigent des actionnaires le rapport de toute partie de ce capital par eux indument récupérée. Dans ces divers cas, l'objet de l'obligation est toujours le même : reconstitution du capital.

Nous devons donc nous attacher à nettement préciser la nature et la portée de cette obligation de droit.

Pour que les sociétés par actions puissent être constituées, la loi du 24-29 juillet 1867 (art. 1^{er}) exige que le capital social ait été au préalable souscrit *en totalité*, et que chaque actionnaire ait versé le quart au moins du montant de ses actions. Cette double condition est exigée à la fois *dans l'intérêt des actionnaires* qui vont répondre à l'appel des fondateurs et dans *l'intérêt des tiers* qui traiteront avec la société constituée (Voy. P. Pont, t. II, n° 879).

La loi exige donc que le capital social soit souscrit complètement. Elle veut, en assurant ainsi la sincérité de cette souscription, que le capital statutaire, qui est le gage des tiers et l'espoir des associés, constitue une garantie sérieuse, certaine, intégrale à quiconque fera confiance à la société.

L'engagement pris par l'actionnaire doit, en conséquence de ce principe, présenter le même caractère. Il s'oblige à payer le montant des actions par lui souscrites, et à le payer intégralement. Ce n'est qu'à cette condition que la société peut être constituée. Toute stipulation particulière qui aurait pour résultat de suspendre l'obligation du souscripteur retarderait la constitution de la société ; si les parties avaient eu l'intention de ne pas retarder cette constitution, la stipulation devrait être considérée comme nulle et non avenue. Elle ne saurait en aucun cas être opposable aux tiers, qui ont compté sur un engagement actuel, pur et simple (V. Sir., 61, II, 188).

Mais si le capital doit nécessairement être souscrit en entier, la loi n'exige pas qu'il soit dès le début entièrement réalisé dans la caisse sociale. Certes, cela serait préférable pour les créanciers futurs de la société, car ils seraient au moins assurés que le capital social ne leur sera point refusé par les actionnaires.

Mais il faut bien consentir à reconnaître que l'intérêt des tiers n'est pas seul en jeu. Le législateur a dû aussi se préoccuper utilement de développer, dans notre pays, l'esprit d'association ; et il n'était pas pour cela de meilleur moyen que d'accorder des facilités aux capitalistes désireux de s'associer.

C'est dans cet esprit qu'il a accordé à ces derniers la possibilité de constituer la société en ne versant pour le moment qu'une portion, reconnue suffisante, du capital souscrit. En fixant cette portion au quart au moins du capital, on a pensé s'arrêter à un taux qui constituerait dans une certaine mesure la nécessaire garantie que les tiers et l'ensemble des souscripteurs sont en droit d'exiger. (Voy. le rapport de M. Langlais : *Dalloz* 1856. 4. 110).

Ainsi, l'intérêt des tiers serait que le versement fût exigé complet, intégral : l'intérêt des souscripteurs est d'une part que ce versement soit effectif, — parce qu'alors il démontre que les fondateurs n'ont pas fait que de mensongères promesses, — et, d'autre part, que ce versement ne leur impose pas un déboursé trop gênant. La disposition de l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 a pour but de concilier ces divers points de vue.

Nous devons en conclure, que la faculté pour les souscripteurs de ne verser qu'un quart seulement du montant total des actions par eux souscrites leur a été accordée dans leur intérêt, *malgré l'intérêt contraire des créanciers*, en vue d'attirer leurs capitaux dans les grandes affaires qui sont comme l'apanage de l'association, et de procurer ainsi un nouvel élan à la création de grandes entreprises industrielles.

Cette conséquence, ainsi tirée et de la disposition même de la loi, et de son esprit, et de l'intention nettement formulée du législateur, est fort importante, ainsi qu'on le verra par la suite. Elle sert, selon nous, à caractériser la nature de l'obligation dont sont tenus les souscripteurs pour les versements non effectués.

Il y a là une sorte d'amoindrissement imposé à la plénitude des droits des créanciers. Cela est vrai ! Mais nous y voyons en même temps et en outre un avantage réel et précis accordé volontairement au souscripteur. Quelle est la limite, la mesure de cette faveur légale ?

En théorie, cette mesure pourra, si les statuts de la société ne contiennent rien de particulier, s'établir assez aisément : il nous paraît, en premier lieu, que cet avantage n'en serait plus un s'il devait tourner au préjudice de la société, et nous n'hésitons pas par suite à décider que la société elle-même peut, *dans l'intérêt commun des associés*, procéder à l'appel du capital non versé. C'est un de ces points sur lesquels la majorité des actionnaires pourra faire la loi à la minorité.

Il nous paraît, en second lieu, que cette faveur légale accordée aux souscripteurs ou à leurs ayants cause doit recevoir une restriction en raison même de l'obligation concomitante de présenter un capital social entièrement souscrit. Dès lors, les tiers puisent dans le principe de la souscription totale du capital le droit d'exiger que ce capital soit versé. Mais peuvent-ils user de ce droit à tort et à travers, sans autre règle que leur bon plaisir ? Cela serait à la vérité tout à fait déraisonnable à soutenir. Ils ne disposent de ce droit que tout autant qu'ils ont un intérêt légitime à l'exercer, intérêt qui, en raison pure, est suffisant pour devoir faire échec dans sa mesure au droit re-

connu par la loi à l'actionnaire de ne verser au début qu'un quart du montant de ses actions.

On nous accordera, par suite, que le droit des créanciers est limité par l'intérêt qu'ils ont, c'est-à-dire proportionné à leurs créances. Pour employer une formule empruntée au langage des savants, nous dirons volontiers : *juridiquement le droit pour les tiers d'exiger des actionnaires les versements restant à effectuer sur le capital social est en raison directe des exigences du passif.*

Cette conclusion, qui devra être complétée, nous paraît inattaquable, dans la logique même du droit. Sa force est celle de la *loi déduite* elle-même. Il n'y a à disputer, pensons-nous, que sur les applications.

En matière de faillite, il faut bien le reconnaître, rien n'est plus délicat à trouver que les solutions conformes à ce principe.

Les syndics sont investis des actions tant actives que passives qui compètent à la masse. Or, tel est bien le caractère de l'action en versement du capital social. Ils exercent, en principe, ces actions, dans les mêmes conditions que le failli et les créanciers eux-mêmes, cela est certain.

Faut-il en conclure que les syndics pourront, comme la société elle-même, en vertu du dessaisissement de celle-ci, faire l'appel de l'intégralité du capital ? Nous nous y opposons formellement, car, ainsi qu'on vient de le voir, ce droit n'existe pour la société que dans l'intérêt commun des actionnaires : or, les syndics l'exerceraient en vue seulement des créanciers. Ce n'est donc pas, à proprement parler, un droit susceptible de passer aux syndics : c'est en quelque sorte un droit *sui generis*, dont l'exercice est, entre les mains de la société, subordonné à la double condition ou qu'il y ait des tiers créanciers à payer ou que l'exploitation sociale exige de nouveaux capitaux. Mais ce droit n'est pas transféré entier, complet aux syndics.

Les syndics ne sont aptes, en effet, et n'ont qualité que pour s'occuper des tiers : le fonctionnement ultérieur de la chose sociale n'est pas leur affaire. Les actionnaires sont donc en

droit de leur opposer que, du chef de la société faillie, ils ne peuvent les actionner qu'à raison et en proportion du passif.

Du chef des créanciers sociaux, les syndics n'agissent *et ne peuvent agir* que dans les mêmes conditions, c'est-à-dire dans la proportion nécessaire pour l'acquittement du passif. Ils doivent donc, rationnellement, prouver l'existence de ce passif, et ne demander aux actionnaires que ce qu'il leur faut pour payer les créanciers.

Tel est le droit pur.

Nous en trouvons l'utile confirmation en nous engageant par d'autres voies.

S'il est un principe certain, c'est bien que l'égalité doit exister entre les associés. Tout ce qui blesse ce principe porte atteinte au contrat lui-même et à ce *jus fraternitatis* dont nous parlent les jurisconsultes romains. Or, que deviendrait cette égalité nécessaire si le pouvoir des syndics n'avait pas la limitation que nous lui imposons ? Ces agents de la masse, en présence d'un passif inférieur au capital non encore appelé, se gêneraient-ils pour exiger le versement intégral de quelques-uns, sauf à laisser les autres en repos ? Ceux qui seraient considérés par eux comme devant, selon toute apparence, mettre le plus d'empressement à se libérer seraient immédiatement mis en coupe. Les autres jouiraient en paix des avantages que leur aurait valus soit une entente plus ou moins régulière avec les syndics, soit une mauvaise volonté nettement proclamée.

On voit donc que reconnaître aux syndics le droit d'appeler arbitrairement, et d'exiger des actionnaires sans justification du passif et au-delà des exigences de celui-ci la totalité du capital non encore réalisé, c'est leur mettre entre les mains une arme destinée à violer l'égalité qui doit être juridiquement maintenue entre les associés.

Qu'on ne nous dise pas que la faillite, fait grave, doit faire écarter cette égalité dans l'intérêt des créanciers, sauf aux co-associés à la rétablir ultérieurement entre eux par les voies de droit. Il ne s'agit pas, en effet, de la faillite des associés, et par conséquent le régime oppressif de la faillite ne s'appesantit pas sur eux. Nous avons fait justice de l'argument

en démontrant (voy. *supra*, p. 139) que le jugement déclaratif ne rend pas immédiatement et de plein droit exigibles les mises des actionnaires, ces mises ne devant pas être assimilées aux dettes passives du failli dont parle l'art. 444 C. Com.

Le droit accordé aux syndics de poursuivre les actionnaires pour le tout, sans avoir à établir que le règlement du passif l'exige sérieusement, conduirait au mépris complet de cette égalité.

On a essayé encore d'un autre argument. Les actionnaires, a-t-on dit, sont *solidairement responsables* à l'égard des tiers du paiement du passif social : leur engagement n'a que ceci de particulier, qu'il est limité *en étendue* au montant de l'action. C'est en cela uniquement qu'ils se distinguent, aux yeux des tiers, soit des associés en nom collectif, soit des gérants.

La faiblesse doctrinale de cette opinion mérite d'être mise en lumière. Elle tend, on le voit, à présenter l'actionnaire comme personnellement obligé au passif de la société avec la charge aggravante de la solidarité.

Or, il n'est administré aucune preuve sérieuse de cette théorie.

Que l'actionnaire soit personnellement obligé au passif de la société, nous le nions formellement. Il n'a pas figuré au contrat, le conseil d'administration représentant non les associés personnellement, mais la société elle-même dont il est l'organe indispensable, et jamais il n'a pu supposer qu'en souscrivant aux actions de la société il s'obligeait directement envers chacun des innombrables créanciers éventuels de son entreprise, s'exposant ainsi à tous les tracasseries que comporterait cette obligation, et à la solidarité qui est de droit en matière commerciale.

Le tiers lui-même, en traitant, a-t-il pu compter sur la solvabilité et l'engagement spécial de l'actionnaire ? Il s'agit ici d'une société de capitaux et, par conséquent, dans laquelle on fait confiance non aux personnes mais au capital qu'on est en droit de croire légalement, c'est-à-dire intégralement couvert par des souscriptions. Cela est absolument inhérent et con-

forme à la nature des sociétés de capitaux : *l'intuitus personæ* est banni d'un tel contrat. L'assimilation avec les associés en nom collectif repose sur une absolue méconnaissance de cette vérité élémentaire.

En souscrivant, le capitaliste contracte une obligation dont l'objet est unique : il s'oblige au versement du montant de son action, et à rien de plus.

On va plus loin, et l'on déclare souvent que l'actionnaire ou commanditaire doit être considéré comme personnellement tenu, parce que ce système est seul compatible avec certaines exigences dont nul ne méconnaît l'implacable nécessité. Il le faut, dit-on, parce que s'il en était autrement les actionnaires pourraient se prévaloir, pour échapper à la condamnation, des fraudes pratiquées contre eux par les gérants ou fondateurs pour obtenir leurs souscriptions.

Cette objection à notre système, repose sur une véritable méprise. Elle confond deux idées différentes : l'obligation directe aux dettes de la société et l'obligation de verser le capital. La seconde seulement existe juridiquement pour l'actionnaire : nous l'avons reconnu ci-dessus dans les explications fournies sur l'art. 1^{er} de la loi de 1867. Elle existe, et les tiers peuvent, à la vérité, s'en prévaloir, soit par l'action indirecte de l'art. 1166 C. Civ., en exerçant les droits de la société débitrice, soit même en vertu d'un certain droit propre qui, par la faillite, passe entre les mains des syndics et se trouve limité strictement à ce qu'exige le règlement du passif.

C'est donc à tort qu'on nous reprocherait d'accorder aux actionnaires poursuivis par les syndics une exception tirée de la fraude ou du dol du gérant. Nous nous rangeons à une solution qui respecte pleinement, au contraire, le droit propre et indiscutable, mais restreint, des créanciers.

Il convient de préciser la nature et la portée de ce droit propre, distinct de l'action directe, laquelle en matière commerciale serait solidaire.

Nous n'avons pas tout d'abord à déterminer les droits des créanciers à l'égard des actionnaires tant que la société est *in bonis*; cela nous pousserait en dehors du cadre d'étude adopté.

Remarquons cependant que, avant la faillite, l'actionnaire qui verserait le montant de ses actions, non dans les caisses de la société, mais entre les mains d'un créancier social, ne se libérerait pas valablement, et vainement opposerait-il à un appel de fonds exercé par la société les causes d'extinction des obligations pouvant exister entre un créancier social et lui-même. Le droit propre des créanciers ne leur confère donc pas une action directe contre les actionnaires, tant que la société est maîtresse de ses droits. C'est celle-ci qui l'exerce pour eux, par son conseil d'administration, auquel, on le sait, incombe dans une certaine limite le devoir et le droit d'agir dans l'intérêt des tiers, notamment en veillant à la préservation de leur gage, sous sa propre responsabilité.

L'actionnaire n'est donc pas personnellement tenu des dettes de la société. Il n'y a pas lieu, conséquemment, de le traiter comme débiteur personnel des créanciers sociaux, et d'autoriser ceux-ci à le poursuivre en paiement de leurs créances. L'actionnaire ne doit que le versement du *capital social*.

Il n'y pas ici de solidarité; la loi l'a si bien compris que, dans son langage, elle oppose le commanditaire et l'actionnaire aux associés solidaires. (Voy. notamment l'art. 438 C. Com.)

L'objet de la dette des actionnaires, c'est le versement du capital social intégral. La loi autorise, par faveur nettement exprimée, qu'une portion de ce capital reste entre les mains des actionnaires, tant que la société n'en a pas besoin, soit pour le développement de ses affaires, soit pour acquitter ses dettes en entier. Mais ce capital est dû, et il est promis aux tiers, *in globo*, par la société sur l'ordre même de la loi qui exige que mention en soit faite sur tous les actes sociaux.

En cas de faillite, il n'y a pas à parler de la première cause d'appel de fonds, mais seulement de la seconde. Les syndics ne doivent donc réellement demander aux actionnaires que le capital démontré par eux nécessaire pour acquitter le passif; or, cela ne les autorise nullement à agir contre les actionnaires pour le tout, sans apporter la justification de cette nécessité. S'il y avait solidarité entre les actionnaires, chacun d'eux pourrait être obligé à faire l'avance pour ses coassociés et poursuivi

pour le tout, jusqu'à concurrence du montant de ses actions. Mais on ne peut imposer cette solidarité en l'absence de texte ou de stipulation expresse. (Voy. l'art. 1202 C. Civ.)

Il faut donc résolument repousser toute idée de solidarité, et, par suite, ne reconnaître aux syndics le droit d'exiger de chaque actionnaire le versement du capital qu'à la condition de prouver l'existence d'un passif social à payer, et dans la mesure nécessaire pour cela. Cette solution, nous croyons l'avoir établi, est seule conforme à la fois à l'esprit de l'art. 1^{er} de la loi de 1867, à l'égalité qui doit toujours régner entre les actionnaires, et à la nature de l'obligation contractée par l'actionnaire à l'égard des tiers.

Ces principes posés, nous devons aborder le terrain des applications.

Une société par actions est mise en faillite; le capital social n'a pas été entièrement versé par les actionnaires. Quel va être le droit du syndic ?

Si notre doctrine est exacte, il ne pourra exiger des actionnaires que les versements qu'il lui faudra pour payer les créanciers de la faillite. Il devra donc, en premier lieu, faire apparaître l'existence du passif, faute de quoi les actionnaires pourraient lui riposter qu'il est sans intérêt.

Il devra, en outre, et cela est plus grave, en établir l'importance, car les actionnaires ne sont obligés qu'en raison et proportion des exigences du passif. A cet effet, le tribunal saisi aura à apprécier si les comptes présentés par le syndic sont de nature à légitimer le chiffre de la demande. Il aura, en conséquence, à procéder à un certain examen de l'actif et du passif de la faillite.

L'action du syndic n'est donc pas abandonnée à l'arbitraire. Mais on peut et on doit se demander si, en prévision de l'insolvabilité de certains actionnaires, le syndic ne serait point recevable à exiger de chacun d'eux plus que sa part contributoire dans le passif.

La question est des plus importantes. Nous la résolvons sans hésitation de la manière suivante : le syndic ne peut pas demander à l'actionnaire un excédant sur sa part contributoire

dans le passif, à *titre provisionnel*, — mais il peut lui demander cette part accrue en *proportion des insolvabilités démontrées* de ses coactionnaires.

Dans le premier système, le *quantum* de l'appel de fonds serait à la merci du syndic, qui fixerait cette provision au gré de son arbitraire. Cela reviendrait, en fait, à rendre les actionnaires débiteurs envers la masse de sommes souvent très-supérieures au passif. Mais, dans notre système, nous exigeons que le syndic établisse la preuve que l'insolvabilité de certains actionnaires l'oblige à demander des versements dont le total mathématique peut être plus élevé que le passif, mais dont l'effet utile ne représentera en somme que ce qu'il faut pour payer les dettes : or, il n'arrivera à ce résultat, si le capital non versé est supérieur au passif, qu'en apportant aux actionnaires la preuve de l'insolvabilité de certains d'entre eux, preuve qu'il pourra du reste administrer par toutes les voies du droit commun.

Par ce moyen, les actionnaires fidèles à leur souscription, tout en s'acquittant de leur obligation qui est de procurer à la faillite le paiement du passif, restent entre eux dans une situation égale, et, sans préjudice pour la masse, échappent aux conséquences funestes qu'entraînerait pour eux le droit illimité et arbitraire que les syndics revendiquent si souvent.

On nous demandera peut-être comment nous en sommes arrivé à faire retomber, en l'absence des principes de la solidarité, l'insolvabilité des uns sur les autres. Notre réponse est aisée : l'obligation contractée par l'actionnaire en souscrivant est non pas de libérer ses actions jusqu'à concurrence de leur contribution au passif, mais jusqu'à concurrence de la portion du capital social dont l'appel est nécessaire pour acquitter tout le passif.

Ce point de vue n'est pas généralement celui des auteurs, et le plus souvent on décide, en doctrine, ou que tout est dû par l'actionnaire, ou qu'il ne doit seulement que sa quote part dans le passif. Le premier système est draconien : il place l'actionnaire dans la situation pire ; le second donne au contraire à celui-ci le droit de se désintéresser des insolvabilités de ses coactionnaires, celles-ci devant purement et simplement tomber à la charge des créanciers.

Nous adoptons un système intermédiaire, qui, selon nous, n'est sévère et excessif pour personne. La question posée est la suivante : qui devra supporter les conséquences fâcheuses de l'insolvabilité de certains actionnaires ?

Nous n'admettons pas que la solidarité existe entre les co-associés. Conséquemment ceux-ci sont, selon nous, co-débiteurs conjoints. Mais quel est l'objet de leur dette ?

Ce n'est pas l'obligation contractée par la société envers les tiers, puisque ceux-ci n'ont point d'action directe contre les actionnaires. C'est l'obligation qui résulte de la souscription aux actions, et qui n'est autre ici que l'engagement de procurer à la société le paiement du passif. Si la société opère elle-même l'appel de fonds, elle aura le droit, même en vue seulement de l'extinction du passif, d'exiger de chacun plus que sa simple part contributoire : pourquoi en serait-il autrement lorsque la société est tombée en faillite ? Nous reconnaissons que le principe de l'égalité entre associés s'impose, mais ce principe doit s'entendre en ce sens seulement que l'arbitraire des créanciers a des bornes : il n'empêche nullement que, la totalité du capital étant légalement promise aux tiers pour la garantie de leurs créances, ceux-ci soient en droit — dans la limite des besoins du passif — d'agir comme la société elle-même. Ce droit exercé par la société n'est pas considéré comme contraire à l'égalité qui doit exister entre associés : en quoi le devient-il si les syndics l'exercent au lieu et place de la société ? Tout ce qu'exige le respect dû au contrat, c'est que les syndics n'agissent point arbitrairement pour le tout : c'est en cela seulement que l'égalité qui doit exister entre les créanciers leur est opposable. *Cette considération nous permet, en conséquence, de faire retomber sur les solvables le poids de l'insolvabilité des autres, mais de ne les charger que jusqu'à concurrence de ces insolvabilités démontrées.* Cette solution est du reste parfaitement conforme à l'esprit de la loi, et notamment à la disposition de l'art. 64 de la loi de 1867, qui exige que le public soit toujours mis au courant du montant du capital social.

En résumé, le premier système ne tient pas compte du carac-

tère particulier d'égalité qui régit le contrat de société, et le second, pour lui donner une importance exagérée, néglige cette considération que le capital est, dans son montant, une garantie promise à la masse.

Notre doctrine évite ces deux écueils.

Nous arrivons donc, en définitive, à cette conclusion que, à l'égard de tous, les actionnaires en souscrivant se sont engagés à procurer les sommes reconnues nécessaires au paiement du passif, jusqu'à concurrence du montant de leurs actions. Cette obligation étant divisible quant à son objet, chaque action n'est frappée que pour une part virile de cette obligation. C'est au syndic, agissant au nom et comme représentant de la masse des créanciers, qu'il appartient de fournir toute preuve à cet effet, *pour justifier le montant de sa demande*, et il ne peut pas exiger, en l'absence de toute solidarité légale ou conventionnelle, que les actionnaires qui sont les premiers assignés fassent nécessairement à leurs coassociés une avance quelconque.

Sur cette question des pouvoirs des syndics en matière d'appels de fonds, nous devons maintenant examiner quelles solutions paraissent prévaloir dans la jurisprudence et parmi les auteurs.

Ceux-ci n'ont pas en général suffisamment étudié ce difficile et important problème. M. Labbé, au contraire (voy. *Note Sirey* 1887. 1. 49) l'a traité et résolu en une forte doctrine dont les développements qui précèdent ne peuvent donner qu'une expression affaiblie. Nous ne différons d'avis avec notre éminent maître que sur un point, c'est sur le droit que nous reconnaissons aux syndics de mettre les insolvabilités démontrées des actionnaires à la charge des solvables.

MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3123) enseignent que le syndic n'est pas obligé pour réussir dans sa demande « de prouver que les fonds manquent ». Ils en donnent pour raison que les actionnaires étaient auparavant tenus sans conditions de se libérer et que la faillite ne peut pas avoir modifié cette obligation. « Du reste, ajoutent-ils, les syndics sont chargés « de recouvrer tous les éléments de l'actif social. »

Pour la réfutation de ce système nous renvoyons à la note sus-indiquée de M. Labbé, et à la longue série d'observations que nous venons de présenter. Les éminents professeurs résolvent peut-être la question par la question elle-même, en disant que la faillite ne peut pas avoir modifié l'obligation de l'actionnaire ! C'est là en effet que le poids d'une forte démonstration serait nécessaire. Car nous ne contestons nullement que les syndics aient la mission de recouvrer l'actif social ; nous nous demandons seulement si tous les versements non encore effectués par les actionnaires sont nécessairement des éléments de l'actif social à la disposition des syndics, et nous croyons avoir bien positivement établi qu'ils n'ont ce caractère qu'à certaines conditions et dans certaines limites.

M. L. Choppard (*Rev. des Sociétés*, 1887, p. 373) estime que les versements sont rendus de plein droit exigibles par la faillite de la société en vertu des art. 1181 C. Civ., et 444 C. Com. (1). Il considère les actionnaires comme des débiteurs ordinaires pour le tout, tenus de s'acquitter et de satisfaire aux art. 471 et 485 C. Com., sans pouvoir exiger du syndic qu'il ait préalablement justifié de l'état du passif. Cet auteur écrit en outre : « Lorsque après le paiement du passif viendra
« le moment de la liquidation et du partage final, l'actionnaire
« qui a payé plus que les autres sera en droit d'exiger un
« remboursement par voie de prélèvement sur la masse active.
« Bien plus, il pourra se retourner contre ses coassociés plus
« favorisés et leur réclamer le remboursement de ce qu'il a
« payé en trop ; il pourra même agir contre le syndic lors de
« la reddition de son compte. Mais là se bornent ses droits.
« Avant le moment du partage, avant l'époque où le syndic
« doit rendre ses comptes, il est sans droit pour refuser le
« versement intégral de ses actions et exiger du syndic les
« facilités de paiement que celui-ci a cru devoir accorder à
« d'autres actionnaires. »

Nous n'hésitons pas, pour notre part, à reconnaître tous ces droits à l'actionnaire. Quant aux facilités de paiement, elles

(1) Voy. pour réfutat. de cette opinion, *supra*, p. 139).

ne sauraient évidemment pas être exigées, mais nous tenons pour certain que les syndics ne peuvent les accorder à quelques-uns qu'aux risques et périls de la faillite, c'est-à-dire des créanciers. M. Choppard déclare l'actionnaire dépourvu de toute espèce de droit pour refuser le versement intégral de ses actions et les observations ci-dessus tendent, dans son esprit, à établir que l'inégalité pouvant résulter de ce système est plus apparente que réelle. A cette prétention il suffit de répondre que l'égalité n'existe pas là où certains paient nécessairement pour d'autres, ne fût-ce qu'à titre remboursable.

Nous pensons, avec M. Choppard, que si les actionnaires avaient à se plaindre des mesures adoptées par le syndic, ils pourraient s'adresser au juge-commissaire (art. 452, 466 et 467 C. Com.). Mais notre système a, sur le sien, l'immense avantage de rendre ces recours presque inutiles : c'est pourquoi nous nous refusons à comprendre comment cet auteur a pu prétendre que si ses idées n'étaient point admises « les difficultés seraient par trop grandes. »

La jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine est constante pour créer aux actionnaires la situation pire (Voy. Loi, 30 avril et 18 mai 1884). Mais les Cours d'appel procèdent avec plus de discernement.

En lisant et en méditant les arrêts, on voit que nos principes, tels qu'ils sont exposés ci-dessus, les inspirent le plus souvent : M. Labbé a mis cela très-habilement en relief dans la note précitée. Les solutions qui paraissent contraires à notre doctrine, ont été rendues en effet dans des espèces où la société était non pas en faillite, mais en liquidation : or, les liquidateurs ont, à l'égard des actionnaires, des pouvoirs qui peuvent varier selon leurs lettres d'investiture, mais qui en principe sont supérieurs à ceux des syndics, puisqu'ils ont qualité pour agir contre eux dans l'intérêt de la société elle-même, alors que les syndics ne peuvent se prévaloir que des droits, limités selon nous, des créanciers. C'est un point sur lequel nous aurons à revenir plus loin, en comparant faillite et liquidation.

Voy. Paris, 7 août 1884 (*Journal des Sociétés* 1886, p. 696) ;

Paris, 9 mai 1884 (*J. Sociétés* 1885, p. 521; autre arrêt, p. 523); 6 décembre 1884 (*eod.* p. 528); 22 juillet 1884 (*eod.* p. 565); 19 décembre 1884 (*eod.* p. 660). Cass. req. 26 mai 1886; (Sirey 86, 1, 349). Paris, 2 avril 1886 (*Revue des Sociétés* 1886, p. 333). Voy. surtout l'arrêt du 7 août 1884 *supra*, et Paris 8 février 1884 (S. 1884, 2, 117).

Nous approuvons ces arrêts : « La Cour de Paris, observe « M. Labbé, a rendu sur toutes ces hypothèses variées et « séparées par des nuances, des décisions judicieusement « diverses, et au fond en harmonie entre elles. »

La Cour de Cassation, par un arrêt du 20 octobre 1886 (S. 1887, 1, 49), a décidé que le syndic d'une société anonyme en faillite peut demander aux actionnaires le complément intégral de leur mise sans avoir à justifier de la nécessité de cette libération pour l'acquittement des dettes sociales. Il faut regretter, avec M. Labbé, « que la Cour régulatrice (ch. civile) soit « venue renverser par un coup d'autorité, plutôt que de raison, « l'élégant édifice habilement construit par la Cour de Paris. » Certaines considérations, inspirées par les circonstances spéciales de l'arrêt, permettent d'espérer que la Cour de Cassation consentira à ne pas persévérer dans cette voie : la décision a été prise, en effet, à l'encontre d'un défaillant, c'est dire que le système adopté dans l'affaire par la Cour de Paris a été peut-être insuffisamment soutenu. En outre, dans l'espèce, le syndic avait présenté préalablement un compte du passif, de sorte que, en fait, une certaine justification avait été par lui présentée à l'appui de sa demande contre les actionnaires. La doctrine de l'arrêt n'en est cependant pas moins condamnable, en droit.

Dans cette affaire, le pourvoi et l'arrêt semblent admettre que la mise non encore effectuée, et sans retard, est une dette exigible au gré d'un créancier, et que par suite elle est également exigible au gré du syndic qui représente les créanciers. Cette doctrine nous paraît sans fondement. La prémisse en est certainement erronée. Nous avons, en effet, suffisamment démontré que l'art. 1^{er} de la loi de 1867 avait accordé aux actionnaires comme une faveur, malgré l'intérêt contraire des tiers,

la permission de ne libérer leurs titres que pour partie : que deviendrait cette faveur, voulue par le législateur, si tout créancier pouvait à son gré en dépouiller chaque actionnaire ? N'est-ce pas, en réalité, à ce résultat que nous conduirait la proposition étudiée ? Ce n'est pas tout ! Nous l'avons encore réfutée d'avance, en faisant remarquer précédemment (Voy. *supra*, p. 154 s.) que l'actionnaire n'est pas obligé personnellement au passif social : il n'est obligé qu'au versement du capital par lui souscrit. Or, une telle obligation est indépendante de la première. S'il en est ainsi, comment soutenir que cette dette est exigible au gré de tout créancier ? Ce n'est pas envers lui, mais envers la société qu'elle est contractée. Certes le créancier a un intérêt propre indiscutable à ce qu'elle soit acquittée : mais le droit que lui confère cet intérêt sérieux est, en l'absence de toute faillite, exercé par la société qui, on le sait, a doublement qualité pour réclamer le versement des mises sociales soit en premier lieu pour le développement de l'entreprise, soit en outre et incontestablement pour régler son passif. Ce droit appartient à la société, et les créanciers de la société ne peuvent que l'exercer en son nom et à son défaut seulement en vertu de l'art. 1166 du Code Civil. Cela est tellement vrai, que si l'actionnaire se libérait entre les mains d'un créancier social, en l'absence des conditions de principes qui régissent l'application de l'art. 1166 C. Civ., cette libération serait sans effets à l'égard de la société. Il en serait ainsi quel que fût le mode de paiement employé. Nous ajoutons que la solution contraire entraînerait vraiment des complications incalculables dans les rapports réciproques entre les tiers, la société et les actionnaires. C'est ainsi, par exemple, que la compensation légale opérant de plein droit, on aurait sans cesse à rechercher si pareille compensation n'a pas eu lieu entre tel créancier qui demande à être payé et l'un quelconque des actionnaires de la société. Un tel résultat montre bien le vice radical de cette opinion que la mise de tout actionnaire, même non en retard est exigible au gré de tout créancier : nous n'accordons à ce dernier que l'action oblique. Tant que la société n'est pas déclarée en faillite, elle seule peut agir

directement contre ses actionnaires, et en cela il n'y a pas lieu de l'arracher à l'application ordinaire du droit commun.

Il convient d'insister sur les rapports des actionnaires avec les syndics, considérés comme représentants des créanciers.

Nous refusons, avons-nous dit, de reconnaître aux créanciers aucune action directe contre les actionnaires. On a invoqué cependant pour faire admettre cette action directe un argument qui paraît séduisant. Il importe, a-t-on dit, que le capital social soit réellement versé dans les caisses de la société. Les créanciers ont à cela un intérêt suffisant pour que, sur ce point, les rapports entre la société et les actionnaires ne soient pas entièrement dérobés à leur contrôle. Si l'action directe ne leur était pas accordée, les créanciers pourraient être les victimes de toutes stipulations et de tous arrangements intervenus à leur détriment entre les gérants et les actionnaires débiteurs de leur mise : or, personne ne pourrait tolérer un pareil abus.

Nous voyons très-bien, pour notre part, que l'inconvénient signalé pourrait devenir très-grave si, dans notre système, il n'en était pas fait état. Mais cela n'est point ! Nous avons, en effet, reconnu à maintes reprises que la société, en réclamant de ses actionnaires le complément de leurs mises sociales, agissait soit en vue du développement à imprimer à ses propres affaires, soit en vue du paiement des dettes. Du premier cas, les créanciers ne peuvent prétendre à rien de lésif pour eux ; mais ils peuvent, au contraire, dans le second cas, exiger de la société et des actionnaires que le règlement du passif soit opéré régulièrement, en tenant compte de ce principe que le capital social est la garantie absolue des tiers créanciers, nonobstant toutes conventions particulières intervenues soit entre les souscripteurs et fondateurs de la société, soit, après sa constitution, entre les administrateurs ou gérants et les actionnaires. Ces conventions ne sauraient avoir quelque valeur qu'entre associés, mais elles sont inopposables aux tiers en ce qui pourrait gêner l'acquit du passif social : c'est dire que la société elle-même, dans cette limite, n'est pas tenue de les respecter, et qu'elle peut demander aux actionnaires, sans avoir à en

tenir compte, le complément de mise nécessaire à cet effet. Ce sont des arrangements inopposables aux créanciers de la société ; ceux-ci ne peuvent en subir aucune atteinte, la souscription du capital étant vis-à-vis d'eux une garantie légale que les actionnaires sont impuissants à diminuer à leur préjudice. Mais pour cela, il n'est pas besoin de reconnaître l'existence d'une action directe contre les actionnaires : le droit propre des créanciers contre la société suffit largement.

Ce droit propre est, en quelque sorte, la contre-partie du droit particulier que nous avons reconnu à la société elle-même en cas d'appel de fonds. Celle-ci est, avons-nous dit, investie du pouvoir de réclamer tout le fonds social non encore versé, sans se préoccuper des nécessités du passif ; les syndics, au contraire, ne le peuvent qu'en proportion des exigences du passif. A l'inverse, la société est parfois liée par des clauses du contrat originaire ou des conventions qui sont inopposables aux tiers : ceux-ci ont donc un droit propre. Ce droit propre n'est pas une action personnelle, directe, nous l'avons établi ; il n'est qu'une manière d'être, une modalité de l'action en versement du capital social, lorsque cette action, en cas de faillite, est exercée par les syndics. Le droit de la société se trouve donc modifié selon qu'il est exercé par elle-même, ou qu'il est exercé, dans l'intérêt des créanciers, par les syndics de la faillite, — tout comme, en matière également de faillite, les conditions du règlement des droits entre époux ne sont plus les mêmes que dans le cas où la liquidation est opérée normalement, en l'absence de faillite. Tel est le droit propre des créanciers.

Il convient, dès lors, de montrer comment, en vertu de ce droit propre, les syndics de la société se trouveront suffisamment armés. La difficulté n'est pas embarrassante. Nous considérons, en effet, qu'agissant dans l'intérêt des créanciers, ils n'ont pas à se préoccuper des clauses spéciales ou des conventions particulières qui ne valent qu'entre associés. Et il en est ainsi de toutes les conventions intervenues entre les actionnaires d'une part, et les fondateurs ou administrateurs de la société d'autre part, lorsqu'elles ont pour but d'alléger

en quoi que ce soit l'obligation légale de compléter le capital social. La société, représentée par son conseil d'administration ou par des liquidateurs, est à la vérité liée par ces sortes de rédactions, mais elle n'est liée que par rapport à elle-même, et, pourrait-on dire, pour ses affaires intérieures; mais à l'égard des créanciers et quand elle agit pour leur procurer paiement, elle ne se trouve pas embarrassée, elle peut et doit elle-même n'en tenir aucun compte. Les exigences du passif étant démontrées, ces clauses particulières sont entièrement paralysées : il est impossible à l'actionnaire de s'en prévaloir au détriment des créanciers. Or, les syndics agissent toujours dans l'intérêt des créanciers, c'est dire qu'ils ne sont point tenus au respect de ces sortes de conventions.

Ce qui va suivre nous fournira le développement de cette idée générale. Les cas d'application en sont variés et importants.

Une société a été constituée en vue de l'exploitation d'une invention fort importante destinée à bouleverser en entier l'un des plus grands services municipaux. Les actions ne sont pas entièrement libérées, et il est convenu par le pacte statutaire lui-même que les versements complémentaires ne pourront être appelés qu'au fur et à mesure de l'extension de la concession obtenue de la ville. Le conseil d'administration pourra-t-il procéder à un appel de fonds, au mépris de cette clause de l'acte? Nous répondrons que non, si la société n'a pas de passif; mais nous soutiendrons l'affirmative sans hésitation, si la société agit contre les actionnaires pour arriver à l'extinction de son passif.

Des syndics n'auraient, en aucuns cas, à s'en préoccuper, cela est certain en droit, et constant en jurisprudence. Et il en est de même des arrangements qui auraient pu être faits entre les actionnaires et les gérants; ces arrangements, à supposer qu'ils ne fussent pas illicites et contraires à l'égalité qui doit régner entre les actionnaires, seraient sans valeur à l'égard des tiers. (Voy. Boistel, *Dr. com.*, p. 262, et Paris, 3 juin et 9 juillet 1856, S. 56, 2, 641). Peu importerait que les actionnaires pussent avoir à reprocher au gérant son dol ou des

manœuvres frauduleuses : les syndics agissent dans l'intérêt des tiers, et les tiers sont restés étrangers au dol des gérants (1).

Nous n'admettons pas, on le voit, que les actionnaires puissent opposer aux syndics les exceptions tirées soit du fait des administrateurs ou gérants, soit de certaines conventions spéciales dont le but serait de les exonérer au moins en partie. Pareil système de défense pourrait, sous de certaines conditions, triompher à l'égard de liquidateurs ou de la société elle-même, mais il échouera en présence des syndics, qui n'agissent uniquement qu'en vue de l'acquittement du passif.

Il convient cependant d'insister. Les actionnaires, en effet, peuvent avoir à invoquer certains modes de libération autres qu'un paiement en numéraire, qui, cependant, ne paraissent pas de nature à les favoriser irrégulièrement au détriment de la masse. A quel degré de sévérité devons-nous nous arrêter ? On sait que, pour le versement du premier quart sur les actions, la grande majorité des auteurs et la jurisprudence ont adopté une doctrine rigoureuse, dont le plus saillant résultat est d'enlever toute possibilité de constituer une société valable sans capitaux disponibles immédiatement.

Nous ne voyons pas de raison qui puisse autoriser à abandonner cette rigueur, lorsqu'il s'agit du versement des autres quarts. C'est donc sans hésitation que les syndics, en cas de faillite, pourront exiger des actionnaires qu'ils se libèrent entre leurs mains du montant de la demande, en se conformant aux prescriptions sévères et rigoureuses qui entourent, à la constitution, le versement du premier quart.

De cette prémisse, nous devons tirer des conséquences. Mais il convient à cet effet de distinguer selon que l'actionnaire s'est libéré avant l'époque de la cessation des paiements,

(1) Voy. Lyon, 31 janvier 1840, S. 1850, 2, 343, Troplong, t. 1, n° 179; Paris, 9 mai 1877 et 26 avril 1877, S. 1880, 2, 334, S. 1868, 1, 149 et la note; Cass. Civ. 11 mai 1853, S. 1854, 1, 22; Cass. Civ. 8 mars 1848, S. 1848, 1, 446; Cass. Civ. 6 novembre 1865, S. 66, 1, 109; Paris, 16 janvier 1885, *Journal des Sociétés*, 1887, p. 171 et les arrêts cités *ad notam*.

ou selon qu'il désire se libérer après cette époque. Dans les deux cas, en effet, la situation n'est pas identique.

Si nous supposons que les syndics agissent contre un actionnaire qui s'est libéré par un paiement normal et régulier en numéraire, ou en valeurs assimilables à la monnaie et d'un recouvrement immédiat et certain (V. P. Pont, t. II, n° 894, p. 66 et Cas. 27 janvier 1873, S. 73, 1, 163), il est inutile de distinguer entre ces deux espèces. Mais si l'actionnaire invoque un mode d'extinction de son obligation autre que le paiement, il y a grand intérêt à spécifier le moment où il s'est produit : supposons, tout d'abord, que c'est avant la cessation des paiements.

La novation et la remise de dette consenties par la société elle-même à un actionnaire seraient alors inopposables aux syndics. Pour celle-ci, en effet, la nullité s'impose doublement : la remise de dette constituant un acte de libéralité est contraire, entre associés, au principe essentiel de l'égalité, et à l'égard des tiers au principe que l'intégralité du capital doit être affectée au paiement du passif. Quant à la novation, elle équivaldrait, si elle était admise, à un versement fictif : au lieu de numéraire, la société recevrait des valeurs de crédit, on consentirait de simples passations d'écritures au grand détriment des tiers, puisque les syndics n'auraient plus que l'action résultant de la nouvelle créance, et seraient désarmés contre les cessionnaires du titre fictivement libéré.

Ces deux modes de libération seraient donc certainement inopposables aux syndics.

Il en serait différemment de la compensation légale : nous pensons qu'elle a pu très-valablement s'opérer, et même jusqu'au jugement déclaratif. Mais il faudrait pour cela, ainsi que de droit, que les créances réciproques fussent également liquides et exigibles, et, par conséquent, qu'un appel de fonds eût précédé la déclaration de faillite. Les prescriptions de la loi des sociétés et celles de la loi des faillites autorisent pleinement cette solution. Pour cette dernière, il n'est pas douteux que l'art. 446 C. Com. ne frappe pas de nullité les compensations légales, qui s'opèrent on le sait de plein droit et par consé-

quent sans pouvoir encourir le moindre soupçon de fraude. (Voy. Lyon-Caen et Renault, t. II. n° 2755 et la note 6, et Boistel, n° 943). Quant aux exigences de la loi des sociétés, elles ne vont pas jusqu'à prohiber le versement prescrit pour chaque action par le moyen de la compensation légale. A la vérité on peut citer des arrêts qui paraissent sanctionner une doctrine contraire ; mais ils sont inspirés par des considérations spéciales et légitimés par des faits d'espèce qui, en réalité, revêtaient plutôt le caractère de compensation conventionnelle ou de novation (Voy. Aix, 16 mai 1860, *Sir.* 60, 2, 439, et sur le pourvoi Req. 24 avril 1861, *Sir.* 62, 1, 183 ; Paris, 5 août 1869 et sur le pourvoi Req. 6 juillet 1870, *Sir.* 70, 2, 33, et *Sir.* 71, 1, 80 ; P. Pont, t. II, n° 897). La jurisprudence n'est donc pas contraire à cette solution, et d'un autre côté on peut citer, avec M. P. Pont, les motifs de l'arrêt de cassation du 27 janvier 1873 précité à l'appui de notre doctrine qui assimile le paiement effectué par une compensation légale au paiement en numéraire : Cas. Req. 4 mai 1867 (*Sir.* 67. 1. 254) fournit une solution pleinement conforme.

Nous pouvons également revendiquer en faveur de notre système l'opinion, plus étroite cependant, de M. Vavasseur, qui paraît n'admettre la compensation légale que pour libérer complètement les actions, après le versement du premier quart.

Le syndic est donc tenu de considérer comme libéré celui des actionnaires qui peut lui opposer une compensation légale opérée avant le jugement déclaratif de faillite.

Quant à la compensation conventionnelle, nous pensons qu'elle est possible et pleinement valable lorsqu'elle intervient entre la société constituée, maîtresse de ses droits, et un actionnaire propriétaire d'actions non entièrement libérées. L'opinion de M. Vavasseur ci-dessus rapportée à propos de la compensation légale, nous paraît ici pouvoir s'appliquer exactement à la compensation qui est préparée et rendue possible par les parties elles-mêmes, au moyen de conventions intervenues. Mais si ces conventions qui ont pour but de procurer à l'actionnaire la possibilité d'un paiement par compensation,

ont été passées pendant la période suspecte qui précède le jugement déclaratif de faillite, le syndic pourra se réclamer de la disposition de l'art. 446 C. Com., qui prohibe tous paiements par compensation pour dettes non échues, opérées même dans les dix jours ayant précédé la date fixée pour la cessation des paiements.

On peut se demander quel serait le sort d'une transaction, intervenue entre la société et l'un de ses actionnaires poursuivi en versement de sa mise. Il nous semble qu'elle serait inopposable au syndic, bien que, d'après les circonstances de la cause, on pût établir qu'elle a été favorable aux tiers. Pour bien spécifier l'hypothèse, on peut supposer qu'au moment où la transaction a été conclue, l'actionnaire poursuivi était insolvable ou décédé, et que les fonds dont le chiffre était convenu à la transaction ont été fournis soit par des tiers bienveillants, soit par des héritiers bénéficiaires désireux d'éviter à la mémoire de cet actionnaire malheureux les fâcheux effets de la déconfiture. Dans ce cas, la transaction, en déterminant les tiers à acquitter *pro parte* la dette du débiteur insolvable, constitue une opération avantageuse à la société et à ses créanciers. Nous pensons que, si elle est intervenue dans des conditions régulières, elle est peut-être valable entre associés. Mais, la faillite de la société postérieurement déclarée, faut-il décider que cette transaction est sans valeur ? Nous n'hésitons pas à le soutenir : car, le capital social est *entièrement* dû par les actionnaires pour l'acquittement du passif social, nonobstant toute convention contraire. Il n'est possible à la société elle-même de réduire cette garantie, qu'en employant la voie d'une réduction du capital social. La transaction, en conséquence, ne peut être valable que si elle opère cette réduction conformément aux statuts, et dans les cas seulement où cette réduction serait licite.

Enfin, et en dernier lieu, nous pouvons supposer que l'actionnaire poursuivi par le syndic en versement de sa mise sur la totalité des actions souscrites par lui, invoque comme cause de libération une réduction du capital social. L'espèce est particulièrement intéressante, depuis que les sociétés procèdent si

volontiers à ces réductions de leur capital, autant pour libérer les actionnaires des versements non effectués qu'en vue de faciliter la reprise des cours par la diminution du nombre des titres.

Citons un exemple : une société a été constituée au capital social de 100 millions de francs, représenté par 200.000 actions de 500 francs, à une époque où les affaires générales étaient prospères. Le quart seulement de ce capital, soit 25 millions de francs, a été versé sur les actions : chacune d'elles est donc sous le coup de cette fâcheuse éventualité que constitue l'appel de fonds. L'appréhension n'en est pas très grande, tant que les esprits rêvent de grandeur et d'opulence. Mais dès que la crise sévit à la Bourse, dès que les belles perspectives de hausse et de bénéfices se rétrécissent, l'actionnaire prend peur, et l'acheteur disparaît complètement. La conséquence immédiate de ce changement est une baisse souvent dangereuse pour l'existence peut-être actuellement prospère de la société.

C'est dans ces conditions qu'un conseil d'administration avisé prend l'initiative d'une réduction du capital social, de 100 millions à 25 millions, par le simple échange de quatre actions libérées de 125 fr. seulement, contre une action de 500 fr. entièrement libérée.

Le principal effet de cette mesure c'est que le souscripteur de 100 actions, qui pouvait d'un jour à l'autre se voir réclamer 375 fr. par action peut se considérer, sans bourse délier, comme entièrement libéré désormais. Sa confiance est-elle fondée en droit? La faillite de la société n'est-elle pas de nature à déjouer cette sereine combinaison?

La question est des plus difficiles à résoudre. Nous ne connaissons pas de document, soit de doctrine, soit de jurisprudence où elle soit traitée dans ces termes. Et pourtant combien est important le problème posé, en présence de la généralisation du procédé!

Nous n'avons pas à déterminer quelles sont les conditions essentielles de validité de la réduction du capital social : la controverse est ici très abondante, et non épuisée. Prenons l'hypothèse où la validité ne peut faire doute pour per-

sonne : les statuts sociaux ont explicitement prévu le cas, et il a été très-régulièrement tenu compte de leurs dispositions impératives ou réglementaires. Ajoutons que la publication prescrite par la loi a de même été ponctuellement exécutée. Faut-il décider que les tiers créanciers doivent subir toutes les conséquences de cet acte ?

Précisons la difficulté. Au moment où la société a pris la résolution de réduire son capital social, elle avait des dettes : pouvait-elle, malgré cela, agir en toute liberté, et diminuer la garantie de ses créanciers par son seul fait ? Ou ne le pouvait-elle qu'à la charge de se libérer de ses dettes actuelles ?

Nous ne parlons pas des créanciers postérieurs. Ils ont traité avec une société dont le capital était déjà réduit, et ils n'ont pu compter que sur ce capital seulement : donc, à leur regard, l'opération produit ses pleins effets. Mais il n'en est pas de même des autres. La confiance qu'ils ont accordée à la société se mesurait sur le capital de cette dernière ; ils ont légitimement compté sur l'obligation personnelle qui s'imposait à chaque actionnaire de fournir à la société, en proportion de sa part, le capital nécessaire au règlement des dettes. En d'autres termes, ils ont avec raison supposé que la clause statutaire qui autorisait cette réduction n'était pas écrite contre eux, et que le capital social ne pouvait pas être exposé, à leur regard au moins, à toutes les vicissitudes immorales que pourraient entraîner des réductions intempestives ou inopportunes. Il est de principe que le capital social, primitivement souscrit, doit être souscrit intégralement : les tiers peuvent se prévaloir de ce principe, qui est d'ordre public, et s'il est permis aux associés d'y déroger ce ne peut être que dans leurs rapports réciproques, ou en vue de l'avenir et nullement au détriment des créanciers existants. Le capital social *in globo* est dû par les actionnaires aux créanciers *in globo*, et ne saurait par des réductions habilement combinées être soustrait même partiellement à cette destination naturelle et légale qui est de procurer, nonobstant toute clause contraire, le paiement du passif.

Les syndics ne seront donc pas tenus de respecter les réduc-

tions du capital social, lorsque dans la masse des créanciers il en existera dont les créances seront antérieures à la date où l'opération a été effectuée, ou, pour parler plus exactement, a été régulièrement publiée.

Mais à notre conclusion ainsi formulée, nous apercevons une objection considérable : le but de la combinaison entière se trouve manqué, nous dit-on, dans notre système. A quoi bon avoir réduit le capital social, si cette réduction n'est pas définitive et peut être ultérieurement tenue pour non avenue si la société tombe en faillite ?

Nous répondons à cet argument, emprunté au fait et non au droit, que la société a un moyen d'éviter cette difficulté : qu'elle désintéresse tous les créanciers existant au moment de la réduction, et les syndics n'auront plus tard aucune objection à soulever. Et cela est juste ! Il ne faut pas en effet que la faculté pour une société de réduire son capital devienne un moyen pour elle de tromper et en quelque sorte de dépouiller les tiers au profit de ses actionnaires. Nous considérons comme certain en droit que la réduction du capital social ne produit d'effets que pour l'avenir, et non dans le passé : elle n'a pas d'effet rétroactif.

Il convient d'insister. Nous n'admettons pas les actionnaires poursuivis par les syndics, malgré la réduction opérée du capital, en versement de la totalité du capital primitivement souscrit à ne verser sur la part retranchée du capital que les fonds nécessaires pour payer les créanciers qui existaient à la date de la réduction. Il nous semble que tous les créanciers de la faillite doivent en profiter, et que le seul fait de n'avoir pas payé ces dettes entraîne pour la société cette impitoyable rigueur de ne pouvoir plus tirer profit d'une mesure qui n'a pas été par elle sagement et prudemment exécutée.

Il importe en effet essentiellement à la bonne administration des faillites, que la procédure n'en soit pas gênée et embrouillée comme à plaisir par le fait des débiteurs ; il importe, en cas de faillite, de n'admettre entre les créanciers que les causes de préférence prévues par le législateur lui-même. Cela est de principe, et décider autrement serait violer l'égalité entre

créanciers, égalité qui est de l'essence même de la faillite. Ce serait, par suite, en prolonger indéfiniment la durée, tout en en multipliant les frais. L'organisation même et l'esprit du régime de la faillite protestent contre ce résultat.

Comment admettre dès lors que l'action du syndic en versement du capital primitivement souscrit ne puisse profiter qu'à quelques-uns seulement des créanciers chirographaires du failli ? Une telle solution, ainsi exprimée, se réfute en quelque sorte elle-même : car il répugne de ne pas traiter d'une manière absolument identique, en cas de faillite, tous les créanciers chirographaires du failli.

Que de difficultés dans la manière de voir que nous combattons ! N'aboutit-elle pas encore à cet absurde résultat de faire profiter les créanciers anciens de la réduction du capital social ? Il est clair en effet que si leur droit porte, par une sorte de privilège, sur la partie du capital qui a été retranchée, ils n'auront pas à redouter le concours des créanciers postérieurs : et que devient dès lors le principe de l'indivisibilité du patrimoine ? Demanderait-on à établir des comptes qui soient pour les créanciers antérieurs inspirés de leur intérêt légitime, mais sans apporter aux créanciers postérieurs un supplément de gage inattendu ? Pareil calcul se heurterait aux plus inextricables impossibilités matérielles.

Nous considérons comme seule juridique la solution qui, en l'absence de tout privilège reconnu par la loi, fait profiter la masse entière des créanciers de l'action exercée par les syndics. Nous reconnaissons que ce n'est pas dans ce cas l'action paulienne qui est exercée, mais le résultat est le même : la masse des créanciers, y compris les créanciers postérieurs à l'acte, en profite lorsqu'il y a faillite (V. pour l'action Paulienne : Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XV, Laurent XVI, n° 489 ; *contrà* Aubry et Rau, IV, § 313).

Nous avons ainsi étudié et passé en revue la plupart des objections que les actionnaires poursuivis par les syndics peuvent présenter à ces derniers. Sur les nombreuses difficultés soulevées en ces sortes de procès, nous avons essayé de poser des principes et d'en déduire les solutions ; nous pensons que

de cet exposé il se dégage un véritable système juridique, dont l'adoption s'impose. Nous ne reviendrons pas sur ce système lui-même, mais qu'il nous suffise d'indiquer ici que déjà nous avons déterminé successivement la nature et l'étendue de l'action des syndics en matière d'appels de fonds, les conditions d'exercice de cette action et les causes diverses de la libération qui peuvent lui être opposées par les actionnaires. Il nous reste à préciser les causes d'extinction de cette action une fois née en la personne des syndics, c'est-à-dire les différentes manières dont les actionnaires peuvent se libérer postérieurement à la déclaration de faillite. Nous examinerons ensuite, et sans longs développements nécessaires, l'action en restitution des sommes indûment reçues par les actionnaires, sur le capital, soit à titre de dividendes fictifs, soit autrement.

En premier lieu et tout naturellement, les actionnaires peuvent se libérer entre les mains des syndics par un versement en numéraire. Cela ne fait pas doute et n'exige aucune observation particulière. Les intérêts ne sont dus que du jour de la demande en justice seulement, et non pas du jour où l'actionnaire est en retard. A ce cas, en effet, ne saurait s'appliquer la disposition de l'art. 1846 C. Civ., qui porte que le coassocié qui ne réalise point son apport, est *de plein droit et sans demande* débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée, et *sans préjudice de plus amples dommages-intérêts*. Il y a là une double dérogation au droit commun, destinée à rétablir l'égalité entre coassociés, égalité qui serait un vain mot et une pure apparence si les retardataires n'étaient point obligés de payer pour le défaut de jouissance que leur retard a causé à la société. Or, les syndics agissent non pas pour les associés, mais dans l'intérêt des créanciers : le motif de l'art. 1846, cesse donc de s'appliquer à l'action des syndics et, par suite, les actionnaires ne doivent les intérêts de leur mise que du jour de la demande judiciaire. C'est du moins ce qu'a jugé la Cour de Paris par un arrêt du 23 juin 1859 (V. Sirey, 1860, 2, 128). Vavas seur approuve cette solution (V. Vavas seur, t. I, n° 294).

Cependant la Cour d'Aix par un arrêt du 14 novembre 1860 (Sir. 1861, 2, 296) a décidé que les intérêts de la mise sociale sont dus par les souscripteurs du jour de la demande en justice, alors même que la société est nulle. L'autorité de cet arrêt dans la question qui nous occupe, est douteuse par cette raison que, dans l'espèce jugée, il n'y avait pas faillite, mais seulement liquidation : or, on sait que le mandat du liquidateur embrasse le règlement des intérêts réciproques des associés, et que celui des syndics n'a pas cette portée. Ajoutons que l'arrêt cité peut, en outre, être critiqué pour avoir appliqué la disposition dérogatoire de l'art 1846 à une société nulle. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de revenir sur la décision de la Cour de Paris.

Il faut bien, en second lieu, examiner l'hypothèse fort intéressante et pratique où l'actionnaire ne peut pas se libérer par un paiement en numéraire.

Il est certain, tout d'abord, que la compensation légale ne peut pas s'effectuer dans ce cas : l'actionnaire qui est en même temps créancier, doit verser sa mise, et produire à la faillite pour le montant de sa créance. La Cour d'Aix, par arrêt du 15 juin 1855 (V. Sir., 1857, 2, 94), a jugé notamment que, dans le cas de faillite d'une société en commandite, la compensation ne s'établit pas entre les sommes dues par un actionnaire, et les sommes qui lui sont dues à lui-même en compte courant par la société (Voy. également S. 1844, 1, 692 et 1845, 1, 589). La raison de cette solution est toute simple : la compensation n'est en effet qu'un paiement abrégé, et, après la déclaration de faillite, aucun paiement ne peut avoir lieu, au détriment de la masse. Cela serait contraire à l'égalité entre créanciers.

Bédarride (*Des Faill. et Banq.*, t. I., n° 92, p. 122 et s.) apporte à l'appui de cette solution une raison que nous ne saurions admettre : examinant un arrêt rendu par la Cour de Grenoble, sur sa propre plaidoirie, à la date du 18 mars 1840, il explique que la compensation est impossible, parce que la même personne n'est pas réciproquement débitrice et créancière. « Si, d'un côté, la dette est due à la société, ce n'est pas

« exclusivement à cette société que la créance appartient. . . .
« L'engagement de verser le fonds social n'est pas exclusive-
« ment en faveur de la société. Ce versement, on le doit au
« public dont la confiance est déterminée par la publication
« de l'engagement. » Nous ne refuserions certes pas de
souscrire à ces considérations ; mais, dans l'esprit de leur
auteur, elles sont inspirées par l'idée absolument fausse que
les tiers ont une action directe contre les commanditaires
actionnaires. Or, il n'est point du tout utile de recourir à cette
doctrine arbitraire pour expliquer que la compensation légale
est impossible en cas de faillite. Le droit commun y a pourvu.

La compensation légale est donc un mode de paiement désormais sans effet : elle ne peut pas se produire. Nous devons nous demander s'il en est de même de toutes les autres causes de libération ? Or, cela nous amène à étudier la délicate question que soulèvent les transactions si souvent intervenues entre les actionnaires et les syndics de sociétés. Quelle est la valeur juridique de ces *transactions* ?

Le problème ainsi posé est des plus graves. La solution en dépend à la fois de la loi civile et de la loi commerciale, car il faudra, pour que la transaction soit valable, qu'elle satisfasse aux conditions exigées par les art. 2044 et suiv. du Code Civil, et que les syndics aient tenu un compte suffisant des dispositions de la loi des faillites visant les transactions.

Dans notre matière de la faillite des sociétés par actions, on donne le nom de transaction, en pratique et dans le monde des affaires, à la fois aux transactions proprement dites, c'est-à-dire à celles qui ont pour but d'arrêter et de clore le procès non encore liquidé, et aux traités à forfait dont s'occupe l'art. 570 C. Com.

Et cependant les deux opérations ne doivent pas être confondues. La transaction, en effet, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat suppose donc l'existence actuelle ou la possibilité d'une contestation sérieuse entre les parties. « Une transaction faite sur des droits qui n'avaient abso-
« lument rien de douteux, ou sur des prétentions évidemment

« dénuées de toute espèce de fondement, doit être considérée
« soit comme manquant d'objet, soit comme dépourvue de
« cause, et, par suite, comme non avenue. » (Aubry et Rau, t. IV,
p. 659). Au contraire, dans les traités à forfait, il n'y a pas un
arrangement sur un droit douteux et contestable : ce sont des
contrats *sui generis* par lesquels l'union cède à des tiers ou
aux débiteurs-eux-mêmes, les créances dont le recouvrement
n'a pas été opéré, moyennant un prix déterminé, et renonce à
toute poursuite ultérieure. On conçoit très-aisément que lorsque
ce contrat intervient entre les syndics et l'actionnaire lui-
même, il présente les plus grandes analogies pour ce dernier
avec la transaction. (Voy. Lyon-Caen et Renault, t. II,
n° 2,949). En droit, cette opération constitue, suivant les cas,
soit une cession de créance ordinaire, soit une véritable remise
de dette, mais non pas une transaction.

Abordons l'étude des *transactions proprement dites*.

Elles ne sont possibles, entre les syndics et les actionnaires,
qu'autant que le procès engagé ou redouté n'est pas simple-
ment imaginé pour masquer et déguiser une remise de dette,
acte de disposition gratuite que la loi ne permet pas. Il faut
donc que les multiples difficultés auxquelles peuvent donner
lieu les appels de fonds opérés par les syndics, ne soient point
encore tranchées définitivement, soit par un jugement passé
en force de chose jugée, soit autrement.

Cette condition nécessaire étant respectée, il faut en outre
que la transaction respecte les dispositions spéciales de la
loi en matière de faillite. C'est, en effet, un de ces actes parti-
culièrement graves pour lesquels les syndics ne se seraient
point trouvés investis de pouvoirs suffisants, si le législateur
ne les avait pas prévus. L'utilité de permettre ces actes, c'est
que par eux on évite à la faillite des lenteurs et des frais sou-
vent considérables. Mais il fallait, en les permettant, veiller à
ce que la fraude ne vînt pas en corrompre l'usage. C'est en effet
pour écarter, autant que possible, toute possibilité de concert
frauduleux entre syndics et débiteurs, que la loi a exigé les
formalités suivantes : autorisation du juge-commissaire, mise
en cause du failli, et, si l'objet de la transaction excède 300 fr.,

homologation par le tribunal, le failli dûment appelé avec faculté de s'y opposer. Notons que son opposition suffirait, pendant la période préparatoire, à empêcher la transaction si elle avait pour objet des biens immobiliers : mais ce cas est évidemment étranger aux rapports entre syndics et actionnaires. (Voy. 487 C. Com.)

Telles sont les conditions de validité exigées pour les transactions. Contentons-nous sur ce point de faire remarquer que le failli, quand il s'agit d'une société par actions, est représenté soit par le liquidateur, si la société a été dissoute, soit, dans le cas contraire, par son conseil d'administration ou ses gérants. La transaction doit être faite en leur présence, et ils sont admis, lorsqu'il s'agit de plus de 300 fr., à s'opposer à l'homologation : le tribunal appréciera le bien fondé de cette opposition.

Si nous supposons que toutes les prescriptions de la loi ont été régulièrement observées et que la transaction ait eu un objet sérieux, nous nous trouvons en présence d'un contrat valable, qui, par conséquent, devra produire effet. L'article 2052 C. Civ. dispose que les « transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. » C'est dire qu'à l'égard de la masse des créanciers et de la société faillie, la transaction régulièrement intervenue entre un actionnaire débiteur de sa mise sociale et les syndics, a pleine valeur : chacun d'eux peut opposer à l'autre *l'exceptio litis per transactionem finitæ*.

Mais une difficulté se présente ! Les actionnaires vont-ils être tenus de respecter un contrat intervenu en dehors d'eux ? L'exception ci-dessus indiquée peut-elle être régulièrement invoquée par le bénéficiaire de la transaction, dans ses rapports avec ses coactionnaires ?

Indiquons l'intérêt pratique de la question. Le syndic n'ayant obtenu par la transaction qu'une partie seulement de ce qu'il demandait à l'actionnaire, peut-il agir contre les autres pour obtenir le surplus nécessaire à l'acquittement du passif ? Si nous admettons l'affirmative, il en résultera que les actionnaires ne seront plus égaux, et que les uns paieront pour les

autres ; si nous admettons la négative, ce sera aux créanciers à supporter entièrement le sacrifice consenti.

On pourrait soutenir, peut-être, que les actionnaires étant représentés à la transaction en la personne soit des gérants, soit des liquidateurs, doivent en subir la loi dans toute sa rigueur, et qu'ils seront privés de tout recours contre l'actionnaire pour lequel ils sont ainsi forcés d'apporter un supplément de mise entre les mains des syndics.

Nous pensons qu'il y aurait certainement erreur à admettre ce raisonnement. Ce ne sont pas les actionnaires, mais c'est la société qui est appelée à la transaction : elle est en faillite, voilà pourquoi son droit d'opposition est limité par la loi au simple droit de présenter des observations de fait au tribunal, sans pouvoir exercer aucune revendication juridique. Comment supposer, dès lors, que l'actionnaire, qui n'est pas en faillite, puisse être ainsi dépouillé des droits que lui confère le contrat de société ? Cela est, d'après nous, juridiquement insoutenable. Il faut interpréter restrictivement les dérogations au droit commun : or, d'après le droit commun, les syndics ne pourraient pas transiger du tout. L'art. 487 C. Com. ne leur permet de transiger que sur les contestations qui intéressent la masse : l'opération ne peut donc pas porter sur les procès des actionnaires entre eux. De ces procès, les syndics n'ont pas à s'occuper : ils sont en dehors de la masse. Il est, dès lors, évident que l'art. 2045 C. Civil doit ici être appliqué : « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Personne n'oserait soutenir que les syndics puissent disposer des droits que le contrat de société confère aux actionnaires. Or, tel est bien le caractère du droit propre qu'invoque chacun de ceux-ci de n'avoir pas à payer pour les autres. C'est à la masse des créanciers de supporter le sacrifice ainsi consenti en vue d'éviter des lenteurs qui ne portent préjudice qu'à elle seule. Il serait par trop injuste que les actionnaires eussent à supporter seuls les mauvaises conséquences d'un contrat auquel ils sont restés étrangers. Et quant à la présence de la société faillie à la transaction par l'intermédiaire de ses représentants, elle est parfaitement

indifférente, puisque ceux-ci n'ont qualité pour transiger qu'avec l'assentiment des actionnaires.

Nous n'hésitons donc pas à déclarer que les abandons consentis par les syndics en faveur de certains actionnaires, par voie de transaction, doivent rester à la charge de la masse qui a pris l'initiative de cette opération. Les syndics prétendraient à tort exiger des autres actionnaires les mises qu'ils ont d'eux-mêmes volontairement renoncé à revendiquer !

Du reste, on peut dire que notre solution permet seule d'accorder plein effet au contrat de transaction : il est effectivement certain, que si l'opinion contraire venait à triompher, elle donnerait lieu entre actionnaires à d'interminables actions récursoires dont le moindre inconvénient ne serait pas de forcer l'actionnaire qui a transigé à restituer à ses coassociés ce qu'ils auraient eu à payer pour parfaire sa propre contribution. Dès lors, quelle utilité pourrait bien présenter cette transaction ?

Nous concluons donc, sur ce point, en conseillant aux actionnaires de transiger avec les syndics : la transaction leur assurera pleine tranquillité à l'égard des créanciers. D'autre part, ne blessant en rien les intérêts de leurs coassociés, elle les mettra également à l'abri de toutes les difficultés que des règlements de compte entre eux pourraient engendrer. Nous ne réservons qu'un cas unique, c'est celui où plus tard la société, grâce à un concordat heureusement obtenu, serait remise à la tête de ses affaires : l'actionnaire qui a transigé avec les syndics ne pourrait pas, en ce cas, opposer sa transaction à ses coactionnaires. Mais nous faisons allusion à un contrat qui se présente bien rarement en pratique et qui, en tous cas, aurait pour l'actionnaire cela d'avantageux qu'il le remet dans sa position primitive ; de sorte que, si sa mise peut être exigée de lui totalement, elle est désormais susceptible de lui rapporter des bénéfices.

L'opinion que nous venons de soutenir sur les effets des transactions intervenues entre actionnaires et syndics doit, en bonne logique, être également admise par les auteurs partisans de l'action directe des créanciers contre les actionnaires : le

contrat, dans ce cas, entraîne pour la masse renonciation au droit d'agir contre l'actionnaire, soit directement, soit indirectement. Or, ce serait agir indirectement contre lui que de forcer ses coactionnaires à acquitter pour lui ce dont la transaction le décharge. Le procès, en ce cas, renaîtrait en effet par la suite entre le bénéficiaire de la transaction et ses coassociés.

La jurisprudence est muette sur la question que nous venons d'examiner. Cela tient vraisemblablement à ce que, dans la pratique, on ne rencontre que très-rarement ces transactions proprement dites, et aussi à ce que les difficultés qu'elles sont susceptibles de soulever entre actionnaires ne peuvent se produire qu'à la condition que le passif soit inférieur à la portion du capital social restant à verser au jour du jugement déclaratif. Si le passif, en effet, est supérieur à ce qui n'est pas encore versé, chacun doit le tout, et il ne peut plus être question alors d'actions récursoires. Enfin, l'actionnaire qui a payé pour ses coobligés est avide de repos : il ne va pas rechercher judiciairement des restitutions que la ruine de ceux-ci rend le plus souvent problématiques. Ces diverses raisons expliquent pourquoi les recueils d'arrêts ne mentionnent aucune décision sur ce point.

L'opération par laquelle l'actionnaire, en ne fournissant qu'un versement partiel reçoit pleine décharge des syndics, se produit plus souvent sous la forme d'un *marché à forfait*.

L'art. 570 C. Com. l'a prévue dans les termes suivants :
« L'union pourra se faire autoriser par le tribunal de com-
« merce, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou
« partie des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas
« été opéré, et à les aliéner ; en ce cas, les syndics feront tous
« les actes nécessaires. »

On comprend très aisément les motifs pratiques de cette disposition. Il faut que les faillites puissent, l'union formée entre créanciers, arriver promptement à solution : or, il reste toujours un certain stock de créances non recouvrées. Les syndics, pour terminer leurs opérations, peuvent demander au tribunal l'autorisation de s'en défaire moyennant un prix, soit en traitant pour le tout en un seul marché, soit en ne traitant

ainsi que pour partie. Rien n'empêche, dès lors, les syndics de traiter à forfait avec les débiteurs eux-mêmes, de convenir avec eux « qu'ils paieront immédiatement une partie seulement « de ce qu'ils doivent, et de les tenir quittes du surplus ou, si « les débiteurs font des conditions inacceptables, de céder les « créances à un tiers moyennant le prix qu'il sera possible « d'obtenir. » (Voy. *Lyon-Caen et Renault*, t. II, n. 2949, p. 820).

Pour procéder à ces véritables ventes de créances, les syndics devront être munis d'une délibération de l'assemblée des créanciers. L'art. 570 *in fine* prévoit même le cas où les syndics ne prendraient pas cette initiative par eux-mêmes : tout créancier pourra, dans ce cas, s'adresser au juge-commissaire, pour provoquer une délibération de l'union à cet égard. C'est dire que la loi désire qu'il soit réellement fait usage, à la fin des faillites, de cet expédient fort utile, qu'elle a permis en le règlementant.

Par ce procédé, les syndics peuvent céder à *l'amiable* les droits non recouvrés : sans lui, ces ventes ne pourraient se faire qu'aux enchères et par les officiers publics compétents. On voit l'utilité de l'art. 570 C. Com.

Quelle est la situation de l'actionnaire qui a ainsi racheté du syndic sa propre dette ? Il nous semble qu'ici il n'y a pas de difficulté : il est désormais à l'abri. On doit le traiter comme si, au lieu de payer en monnaie de transaction, il avait libéré ses titres régulièrement : il est censé avoir intégralement acquitté sa dette. C'est dire que ses coactionnaires ne peuvent avoir de recours à exercer contre lui. Ajoutons que, par la formation de l'union, la société perd tout sérieux espoir de concordat. Dès lors, il n'a même plus à redouter un appel de fonds de la part de la société elle-même, remise par un concordat à la tête de ses affaires.

Il se peut que les syndics, ainsi qu'on l'a vu, cèdent la créance sur l'actionnaire à des tiers : ceux-ci sont de véritables cessionnaires des droits de la masse, et peuvent agir contre les actionnaires cédés dans les mêmes conditions juridiques que la faillite elle-même. C'est ce qui a été fait pour l'Union Géné-

rale; un syndicat a acheté à la faillite tous ses droits *in glôbo* contre les actionnaires, et grâce à ce traité il s'est retourné contre ceux-ci pour exiger d'eux les versements nécessaires. Dans cette espèce restée célèbre, il y avait, selon nous, des distinctions à faire entre les divers actionnaires relativement aux effets de cette transaction dite *globale*. Elle constituait en réalité une cession de créance, et par conséquent le syndicat cessionnaire était exposé à voir exercer contre lui le retrait de droit litigieux prévu par les art. 1699 et 1700 du Code Civil. Au moment où cette cession est intervenue entre la faillite de l'Union Générale et le comité qui en prit l'initiative, le syndic de la dite société avait déjà lancé ses assignations contre un très-grand nombre de porteurs d'actions : il y avait donc des procès engagés au fond, et tout actionnaire qui se trouvait dans ce cas pouvait imposer au syndicat, pour sa part et portion, le retrait de l'art 1699 en lui remboursant la quotité du prix de cession, avec les frais et loyaux coûts, afférents au nombre d'actions pour lequel il était redevable envers la faillite. Ceux des actionnaires pour lesquels ce droit n'existait pas, restaient au contraire débiteurs comme ci-devant. On voit la complexité de cette combinaison financière, et l'imbroglio juridique qu'elle créait. Elle n'a cependant pas donné, paraît-il, de mauvais résultats pratiques, en ce sens que la faillite de l'Union Générale a reçu ce qui lui avait été promis : mais les actionnaires ont eu à se débattre pendant un long temps avec les cessionnaires des syndics.

Quand la cession est faite ainsi à un tiers, ce tiers ne peut donc agir contre l'actionnaire que sous la réserve de subir l'exercice du retrait litigieux, s'il y a lieu. Lorsque ce droit ne peut pas être exercé, le tiers peut agir, mais il doit fournir toutes les justifications exigées des syndics en matière d'appels de fonds. Enfin, s'il y a chose jugée au profit du syndic, le droit pour son cessionnaire d'en poursuivre l'exécution reste cependant soumis, selon nous, à la nécessité de justifier que le passif n'a pas été acquitté, et ne le serait pas si tous les versements opérés entre les mains des tiers cessionnaires par les actionnaires avaient été effectués dans les caisses du

syndic. Nous considérons en effet, comme on l'a vu précédemment, que l'actionnaire n'est pas un débiteur ordinaire. Il ne doit à proprement parler qu'à la société elle-même, et dans l'espèce il ne lui doit que ce qu'il faut pour payer le passif : exiger des actionnaires plus que le montant du passif, n'est pas en la puissance des syndics, et par suite ne peut pas être en celle de leurs successeurs. Peu importe qu'il y ait chose jugée ! En pareil cas, la chose jugée ne peut plus être invoquée par les syndics eux-mêmes, parce qu'ils sont sans intérêt et partant n'ont pas qualité. La société est dissoute par l'union ; si le passif se trouve entièrement acquitté, les actionnaires ne doivent plus rien : au demandeur il appartient de prouver que le passif n'est pas acquitté intégralement, et que par conséquent il est créancier. A cette unique condition, la cession peut produire effet à l'égard des actionnaires.

C'est dire que la dette de l'actionnaire envers la faillite de la société ne doit pas être assimilée à celle des débiteurs ordinaires. Comme l'a très-juridiquement démontré M. Labbé, le contrat de société lui assigne certains caractères particuliers qui s'imposent à tous. Nous pensons donc que les acheteurs de créances feront bien de n'acheter, quand il s'agira des faillites de sociétés, les créances contre les actionnaires qu'avec la plus grande circonspection. Si le chiffre du capital non versé n'atteint pas celui du passif de la faillite restant à payer, leur opération pourra produire les effets des cessions de créances ordinaires, car alors la justification exigible sera très-aisément fournie. Mais si le capital non versé, comme cela arrive souvent, est supérieur au chiffre du passif, ils seront exposés à perdre tout recours contre les actionnaires en leur qualité de cessionnaires, par ce seul fait que les créanciers depuis la cession opérée auraient été complètement désintéressés. Ajoutons à ce péril, la difficulté de fournir la preuve que les versements déjà effectués par la collectivité des actionnaires continuent à être inférieurs au passif, et vous verrez que la créance sur l'actionnaire trouvera rarement acquéreur sérieux, dans l'hypothèse que nous examinons. Cela est inhérent à la nature même de cette créance.

Nous invoquons, à l'appui de notre doctrine, un arrêt rendu par la Cour de Paris à la date du 8 février 1884 (V. Sirey 1884, 2, 117). D'après cet arrêt, lorsque le cessionnaire du syndic poursuit un actionnaire en paiement du montant de sa souscription, il y a lieu tout d'abord de faire dresser le compte du du passif restant dû de manière à déterminer la somme dont chaque actionnaire est encore tenu. Cette décision est absolument conforme aux principes, à l'équité et à l'utilité même des affaires : il importe en effet que l'actionnaire ne soit pas livré en proie à la tourbe des acheteurs de créances. S'il en était autrement, ce serait commettre un acte de pure folie que de souscrire aux actions d'une société.

A l'arrêt de la Cour de Paris, il faut joindre une observation qui nous paraît avoir son utilité. Nous pensons que les cessionnaires des syndics se trouvent, au point de vue de la preuve qui leur incombe, dans une situation de fait plus dure—que leurs cédants : ceux-ci en effet, quand ils agissent contre les actionnaires, sont encore investis de leurs fonctions de syndics, et cela suffit à démontrer que le passif de la faillite n'a point été entièrement acquitté. C'est une sorte de présomption de fait en leur faveur ; pour les cessionnaires, rien de pareil ! Ils doivent établir et prouver de toutes pièces que les dettes ne sont pas entièrement payées. Cette première preuve faite, ils doivent, comme les syndics eux-mêmes et conformément à la doctrine adoptée par l'arrêt précité, dresser le compte du passif restant dû et des versements opérés par les actionnaires soit dans les caisses de la faillite, soit dans les mains des autres cessionnaires de celle-ci ou dans leurs propres mains. D'après le compte seul, il sera possible de voir si le demandeur a qualité pour tout ou partie du montant de sa demande. Cela, nous le répétons avec insistance, est juste : les actionnaires, à la différence des débiteurs ordinaires, ont le droit d'exiger que les fonds par eux versés servent à l'acquittement du passif de leur société. Les spéculations éhontées des acheteurs de créances se heurteront donc, en ces sortes d'affaires, à toutes sortes de difficultés : et l'impossibilité matérielle où ils se trouveront d'établir le compte des recettes et dépenses dont il

est ci-dessus parlé, devra le plus souvent les faire débouter de leur demande.

Notons, pour en finir avec l'action des syndics contre les actionnaires en versement du capital social, que cette demande des représentants de la faillite ne doit pas être considérée comme née de la faillite elle-même et comme tombant, au point de vue de la compétence, sous le coup de l'art. 635 C. Com. Elle puise au contraire son principe et sa cause dans une convention antérieure, complètement indépendante de l'état de cessation de paiements, et elle doit en conséquence être portée non devant le tribunal de commerce du siège de la faillite, mais devant celui du siège social. Or, on sait que, dans certains cas, il n'y a pas identité (*Sic*, Cass. req., 1^{er} décembre 1884, *Sir.*, 1886, I, 276).

Indépendamment des procès qu'il peut avoir à intenter en vue de faire aboutir efficacement ses appels de fonds, le syndic doit se préoccuper d'agir également contre les actionnaires pour certaines restitutions. Dans le premier cas il poursuit l'exécution pure et simple du contrat de société et de ses conséquences normales; dans le second cas, que nous allons rapidement examiner, il poursuivra les actionnaires en restitution des sommes indûment perçues par eux sur le fonds social soit à titre de dividendes, soit à titre d'intérêts. Il contestera la validité de ces retraits.

Nous supposerons en premier lieu que des dividendes ont été distribués, et perçus réellement par les actionnaires. Puis, élargissant le cercle de nos observations, nous étudierons, à propos de l'action en restitution des dividendes perçus, le cas où les actionnaires se prétendraient créanciers de la faillite soit en vertu d'une clause des statuts, soit en vertu d'une délibération régulièrement prise, pour dividendes ou pour intérêts stipulés.

Si les dividendes ont été perçus réellement par l'actionnaire, les syndics ne peuvent qu'exercer l'action en répétition de dividendes fictifs, en se conformant au droit commun : l'existence de la faillite est en effet sans influence juridique sur les conditions d'exercice auxquelles cette action est soumise.

Or, d'après l'art. 10 de la loi du 29 juillet 1867, elle ne peut être exercée contre les actionnaires que dans le cas où la distribution de dividendes aura été faite en l'absence de tout inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. La prescription sera acquise contre cette action par l'écoulement de cinq années à partir du jour fixé pour la distribution (art. 10, al. 3 et 4). Cette action, dite parfois action en recouvrement, n'est donnée que contre les actionnaires qui ont reçu les dividendes fictifs, qu'ils aient ou non cédé leurs titres ; elle n'est point donnée contre leurs cessionnaires (*Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 454). Quant au dividende lui-même, il sera fictif lorsqu'il ne correspondra pas à des bénéfices réalisés ; les actionnaires ne sont tenus à les restituer que si leur mauvaise foi est établie par l'un des faits énumérés ci-dessus. Notons qu'il faudrait, même à leur regard, assimiler à l'absence de tout inventaire le cas où il auraient su que l'inventaire était mensonger : cela est conforme aux principes généraux du droit en matière de fraude.

Bédarride (*Des Sociétés*, t. I, n° 233 et suiv.) examine une difficulté particulière. Pour lui, si le commanditaire n'a pas reçu les bénéfices dont la répartition a été autorisée, et que la société tombe en faillite, il ne pourra pas produire à la masse comme créancier, à raison de ces bénéfices. Cet auteur décide ainsi, même dans le cas où le commanditaire aurait été crédité personnellement de pareille somme, et malgré la solution donnée par la Cour de Rouen en un arrêt du 30 mars 1841 auquel Delangle accorde, au contraire, l'appui de son autorité. M. Bédarride voit dans cette décision une violation des principes ordinaires. Le bénéfice n'est qu'un accessoire, et l'affectation aux créanciers qui grève le principal doit, selon lui, grever également tous les accessoires, intérêts ou bénéfices. « *Idem juris est in eo quod accrevit, quod et in sorte est* » (Straccha). En conséquence, si tous les bénéfices ne sont pas rapportables, c'est par une exception, et nous devons interpréter restrictivement cette exception ; aussi faut-il absolument que le commanditaire ait *réellement* perçu, soit les intérêts, soit les bénéfices. C'est cette perception qui, les

faisant réputer consommés, les met à l'abri de toutes recherches ultérieures. Si le commanditaire ou l'actionnaire n'a pas voulu les recevoir, la capitalisation des intérêts se trouvera exister par son fait même, et comment empêcher les créanciers d'en profiter ? Enfin, vainement répondrait-on que le commanditaire est réputé avoir reçu ses bénéfices par le seul fait qu'il en a été crédité. Il ne peut, pour Bédarride, être considéré à raison de sa mise comme un prêteur ordinaire.

On voit que l'éminent magistrat défend son opinion avec un certain luxe de développements. Nous avons essayé de reproduire exactement son argumentation, mais elle ne nous a pas convaincu. Nous pensons, en effet, que l'actionnaire pourra, en ce cas, concourir avec les créanciers de la société pour se faire payer les dividendes qui lui sont dus (*Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 240, note 3). Dès que la distribution du dividende est régulièrement décidée, le dividende est dû à chaque actionnaire. La comptabilité de la société est modifiée en conséquence. Le compte capital n'est pas crédité de la somme des bénéfices à répartir, non plus que les réserves ; cette somme peut être exactement comparée à un fruit mûr, qui, détaché de l'arbre, a conquis son indépendance. Il est impossible de soutenir que ce fruit détaché soit un accessoire de l'arbre. Cela est tout particulièrement impossible pour les bénéfices réalisés par une société, car ces bénéfices n'ont jamais été rattachés par un lien quelconque au compte capital lui-même ; l'assemblée qui statue à leur égard, en approuvant l'inventaire et les propositions de dividende, en consacre l'existence et leur donne en même temps leur véritable affectation. Ce n'est pas tout ! Le capital social est toujours le même, fixe, quels que soient les bénéfices réalisés : c'est donc que ceux-ci ne lui sont pas rattachés par les liens de l'accessoire au principal. L'aphorisme de Straccha est tout à fait étranger à l'espèce examinée.

Il est, en outre, inexact également d'enseigner qu'en principe les bénéfices sont rapportables, et que si les dividendes non fictifs ne le sont point, c'est par une faveur spéciale limitée au cas où ils ont été perçus. L'affirmation nous paraît vaine. Le

fait de la perception matérielle est un fait indifférent. La loi de 1867, art. 10, § 4, en contient la preuve manifeste : le délai de la prescription de l'action en restitution des dividendes court non du jour où ils ont été perçus, mais du jour fixé pour leur distribution. C'est donc que légalement, par le simple jeu des écritures, l'actionnaire même négligent est considéré comme titulaire d'une véritable créance sur la société, qu'il a contre elle un droit né et acquis : *actioni non natæ non præscribitur*. Cet actionnaire est un véritable créancier, même en l'absence de toute manifestation de volonté de sa part. Il en est, à plus forte raison, de même de l'actionnaire qui a consenti à laisser dans les caisses sociales le montant de sa part de bénéfices : il est crédité régulièrement, et ce nouveau contrat doit produire tous ses effets de droit.

Nous admettons donc les porteurs de coupons échus à produire au passif de la faillite, à l'égal de tous autres créanciers. Ils ont les mêmes droits que ceux-ci, et leur créance ne peut être contestée par les syndics que pour les causes et dans les conditions prévues par l'art. 10 de la loi de 1867 précitée.

Il faut en dernier lieu examiner l'hypothèse où, dans les statuts de la société, il a été expressément convenu que, en l'absence de bénéfices, les actionnaires auraient droit à l'intérêt annuel de leur mise. De l'utilité pratique d'une telle clause nous n'avons pas ici à nous occuper. La jurisprudence la considère comme valable, par des raisons puisées principalement dans sa grande utilité. Dès lors, il convient, selon nous, de permettre aux actionnaires, en cas de faillite, de réclamer les intérêts qui leur sont dus, en concurrence avec les créanciers sociaux. C'est dans ce sens qu'a statué la Cour de Paris, par arrêt du 5 décembre 1882 (voy. *Journal des Sociétés*, 1883, p. 91); il y a lieu, d'après cet arrêt, de déduire les intérêts ainsi stipulés de la somme que le syndic de la faillite peut réclamer au commanditaire pour lui faire compléter son apport.

Nous devons confesser que cette jurisprudence n'est pas à l'abri de nombreuses et puissantes objections. Que la clause en question soit valable, cela est douteux, car le capital social

en est atteint et pourrait à la longue s'écouler tout entier par cette voie ouverte, et souvent ignorée malgré la publication des extraits des statuts; mais, cependant, elle peut être défendue par des arguments très-sérieux (voy. Rataud, *Rev. crit.*, t. XXVI, p. 3 et suiv.; P. Pont, t. II, n° 1456: Vavas seur (n° 213); *contra* Pardessus (n° 1035); Beudant (Dall., 47, 1, 193, à la note); Demangeat (Sir., 1881, 1, 257); voy. également la note de M. Labbé sous Sirey, 1878, 1, 225.

Si on admet, avec la jurisprudence, que cette clause est valable, elle ne sera opposable aux tiers, selon nous, qu'à la condition d'avoir été publiée; dans le cas où elle n'aurait pas été publiée, elle cesserait d'être opposable aux tiers (voy. la note de M. Labbé précitée).

Le jugement déclaratif de faillite ayant pour effet d'arrêter le cours des intérêts, l'actionnaire ne pourra produire à la masse qu'à raison des intérêts échus avant la date dudit jugement.

Nous en avons ainsi fini avec les procès que les syndics peuvent soulever contre les actionnaires. Ils sont à la fois nombreux et difficiles. Les principes du droit nous ont permis à la vérité de les résoudre, mais on a vu combien leur solution est entourée d'incertitudes, autant à raison du silence de la loi, qu'à raison de l'extrême complication du sujet. Il est bien d'autres questions qui peuvent être soulevées; nous devons en abandonner l'étude, soit parce qu'elles ne se relient pas par un lien juridique à l'état de faillite, soit parce qu'elles nous feraient désertier le terrain des principes pour celui des espèces de fait. Nous pensons que l'exposé juridique qui précède contient la clef de la plupart des décisions auxquelles ces espèces variables et changeantes sont susceptibles d'aboutir.

B. — Droits des Syndics contre les Administrateurs ou Gérants.

Nous abordons l'une des plus grosses difficultés de notre matière. Depuis longtemps les arrêts et les auteurs ont essayé de fixer un système destiné à mettre terme aux incer-

titudes de la pratique. Celle-ci est encore trop flottante, pour qu'on puisse croire à l'adoption d'une ligne de conduite précise par les syndics dans l'administration des faillites qui leur sont confiées. La fantaisie la moins juridique préside parfois au choix des procès tentés par ceux-ci. Notre mission consistera à poser les principes de droit qui pourront permettre de résoudre les problèmes régulièrement et naturellement issus de la faillite.

Avant le jugement déclaratif, quelles sont les sources de responsabilité des administrateurs? Cette question préliminaire, et d'une solution facile en principe, est nécessaire : la faillite ne pouvant pas être une cause de libération pour les administrateurs, ceux-ci se trouveront en effet exposés aux mêmes sources de responsabilité après la faillite, qu'avant.

Nous nous demanderons ensuite quelle est l'influence de la faillite sur les actions ainsi nées contre eux.

Tout d'abord, la nullité prononcée de la société peut donner lieu contre les fondateurs et administrateurs à une action en indemnité dont nous aurons à nous occuper plus loin, au siège même du chapitre consacré aux faillites des sociétés nulles. En pratique, l'abus des nullités est tel qu'un syndic croirait manquer au plus élémentaire de ses devoirs s'il ne soulevait pas ce premier procès.

On peut concevoir, en second lieu, que des administrateurs soient recherchés et poursuivis pour avoir enfreint et violé la loi spéciale ou le pacte statutaire lui-même. Il s'agit en ce cas d'un manquement caractérisé au contrat qui fait la loi des parties : l'administrateur a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire, ce que les statuts et la loi lui interdisaient, et il en est résulté pour la société une perte ou un dommage. Réparation en est due, et, de ce chef, les administrateurs sont exposés à une action en indemnité.

En troisième lieu, il est possible que, sans violer les statuts et sans avoir commis d'actes qui fussent en dehors des pouvoirs que ceux-ci leur confèrent, les administrateurs aient négligemment rempli leurs devoirs d'administrateurs, soit en ne surveillant pas suffisamment les affaires soumises

à leur contrôle, soit en remplissant leur mandat avec légèreté et inconscience. Pour employer le langage d'école, la simple *culpa in omittendo* peut, si elle est suffisante, donner lieu à l'action en réparation qui ici est l'action de mandat.

Enfin, il n'est pas rare que les administrateurs se soient rendus coupables non plus simplement de fautes dans l'exécution de leur mandat ou dans l'observation des statuts, mais de véritables manœuvres destinées à tromper les tiers (actionnaires ou créanciers). Ceux-ci peuvent avoir été alléchés par de mensongères promesses, par des réclames habilement organisées, par des spéculations adroitement dirigées à la Bourse pour entraîner les titres à des cours fictifs et mieux consommer la ruine du public. Une action en dommages-intérêts peut naître en faveur de toute personne lésée contre les administrateurs ou gérants auteurs de ces combinaisons, à la charge de démontrer le dommage causé.

Telles sont les quatre causes de responsabilité auxquelles des administrateurs peuvent avoir à répondre. La première étant renvoyée à un chapitre spécial, demandons-nous pour les trois autres si le syndic peut s'en prévaloir et si l'action qui en résulte peut être par lui exercée dans l'intérêt de la masse, seul à l'exclusion de tous autres, et en pleine liberté. En d'autres termes, le syndic est-il seul maître de l'action ? Au contraire est-il sans qualité pour l'exercer ? Enfin, troisième solution possible, doit-il en partager sinon les résultats du moins l'exercice soit avec les actionnaires, soit avec les créanciers, et, en ce cas, quel est son rôle au procès et quelle sera la portée de la condamnation ?

Chacun est tenu, dans la vie civile, de conformer ses actes à certains principes et à certains devoirs généraux, dont la violation a pour conséquence d'entraîner la responsabilité prescrite par l'art. 1382 C. Civ. La liberté d'action des citoyens s'arrête devant ces limites, qui sont comme la ligne de démarcation entre la liberté et la licence. La règle antique « *neminem lædit qui suo jure utitur* » disparaît en pareil cas, et on dit alors que l'acte incriminé pour lequel réparation est due constitue un délit ou un quasi délit. Toutefois, cet acte,

« *cette faute dommageable* », ne constitue ni délit ni quasi délit lorsqu'elle se rattache à l'exécution d'une obligation dont son auteur serait tenu ; la responsabilité qui en découle n'est certes pas discutable, mais elle est en droit toujours considérée comme la conséquence de l'obligation préexistante dans l'exécution de laquelle la faute a été commise. Celle-ci n'est délictuelle que si elle est étrangère à l'exécution d'une obligation contractuelle.

Ces principes rappelés, étudions la cause de responsabilité qui pèse sur les administrateurs en cas de violation soit de la loi, soit des statuts. L'obligation de réparer cette faute existe ; mais est-elle contractuelle ou délictuelle ? Le terrain est délicat. Les administrateurs, en agissant au nom et pour la société, exercent le mandat qu'ils ont reçu ; cela est certain en thèse générale, le plus souvent. Mais peut-on dire qu'en violant les statuts, en foulant aux pieds les prescriptions de la loi, ils commettent une faute se rattachant à l'*exécution de ce mandat* ? Voilà où réside la plus grave difficulté de la matière. Pour les uns, ces sortes d'actes conquièrent leur indépendance, et l'obligation qui en résulte est une obligation délictuelle tant à l'égard des actionnaires, qu'à l'égard des créanciers et de la société elle-même. Pour les autres, ils ne sont que des abus du mandat, et alors la question se pose de savoir si l'action en réparation, qui n'est autre que l'action de mandat, appartient seulement aux actionnaires *ut universi*, c'est-à-dire à la société, ou si elle appartient aussi et en outre aux créanciers sociaux. N'y a-t-il pas lieu, au contraire, de distinguer et de scinder en quelque sorte la solution en disant que pour les actionnaires, c'est l'action de mandat, et que pour les créanciers c'est l'action de l'art. 1382 C. Civ. ?

L'intérêt de prendre parti est certain. Si les actionnaires seuls ont le droit d'agir par l'action de mandat, les syndics pourront peut-être exercer l'action, mais ce sera à l'exclusion absolue des créanciers et seulement en leur qualité de représentants *de la société*. La faillite, en ce cas, pourra se voir opposer toutes les exceptions qui seraient valablement opposées à la société elle-même. Si, au contraire, les créanciers

peuvent également exercer en leur propre nom l'action de mandat, les syndics auront certainement le droit d'agir en leur lieu et place, mais sera-ce à leur exclusion absolue ? La question est douteuse. Toutefois, il ne nous paraît pas que les effets du dessaisissement puissent avoir cette force de dépouiller entièrement les créanciers d'une action directe contre des tiers, malgré l'intérêt évidemment collectif qu'ils auraient à obtenir réparation des fautes des mandataires communs. Nous n'insistons pas sur cette querelle, car il nous paraît hors de controverse que les administrateurs ne sont point mandataires des créanciers sociaux. Nous les considérons, à l'égard de ces derniers, comme *des tiers proprement dits*, et, par suite, comme n'étant rattachés à eux par aucun lien contractuel direct ; ils ont pleine indépendance civile vis-à-vis d'eux, et ne sont investis ni d'un mandat légal, ni d'un mandat judiciaire, ni d'un mandat contractuel à l'égard des créanciers sociaux. La seule limite que ceux-ci soient personnellement en droit de mettre à leur liberté d'agir, doit se rechercher dans la loi et dans les statuts qui, à la vérité, sont offerts en garantie aux tiers et au public, puisqu'ils sont obligatoirement tenus à leur disposition. Tout acte domageable qui enfreint la loi spéciale ou les statuts, est donc un acte *illicite*, qui donne lieu à l'action en indemnité de l'art. 1382 C. Civ. Il y a donc obligation délictuelle à l'égard des créanciers, et obligation contractuelle à l'égard des actionnaires ou de la société ; de plus, en vertu de l'art. 1166 C. Civ., les tiers peuvent agir *au nom de leur débiteur* contre les administrateurs par l'action de mandat. Telle est la triple forme que revêt le droit des intéressés.

Quelle va être dès lors la posture du syndic ?

Restons encore dans la théorie. Le syndic représente la société : il agira donc au nom de la société, et comme la société elle-même par l'action de mandat. S'il n'avait que ce moyen d'agir, son droit serait limité, restreint comme le droit de la société elle-même : si celle-ci étant encore *integri status* en avait disposé, les syndics auraient les mains liées, et demeureraient impuissants. Ajoutons que si les créanciers

n'avaient que l'action de l'art. 1166 C. Civ., ils seraient sans droit, pour certains, en cas de faillite; ce droit de l'art. 1166 ne pouvant pas survivre au dessaisissement du failli. Pourraient-ils forcer le syndic à agir ? D'aucuns ont dit qu'ils ne le pourraient même pas, et que leur seul droit consisterait dans le recours toujours ouvert au juge-commissaire. Nous serions sur ce point plus généreux : l'art. 1166 en effet ne disparaît pas entièrement à notre avis en cas de faillite. Il subsiste, et le droit qu'il confère n'est en quelque sorte que tronqué. Cette disposition légale, en effet, est en quelque sorte une arme à deux tranchants. D'une part, elle permet aux créanciers, en opérant par voie de saisie et de subrogation judiciaire, d'agir en se réservant le bénéfice de l'action, à l'exclusion de tous autres ; d'autre part, elle leur permet, s'ils n'obtiennent pas la subrogation, de faire rentrer le droit dans le patrimoine de leur débiteur. Nous pensons que cette seconde forme de l'application de l'art. 1166 n'est pas enlevée aux créanciers par les principes du dessaisissement, et nous en concluons que les créanciers de la société faillie pourront agir contre les administrateurs par l'action oblique de mandat, *si les syndics négligent de le faire*, et en mettant ceux-ci en cause pour que le jugement puisse produire effet à l'égard de la masse, et que les condamnations obtenues soient exécutées à la diligence des syndics.

Ainsi, d'après nous, les syndics seraient compétents à l'exclusion des créanciers pour exercer les poursuites par l'action de mandat, mais les créanciers pourraient à défaut des syndics agir par la voie oblique que l'art. 1166 accorde à tout créancier, en exerçant les droits de leur débiteur au profit de la masse, mais à leurs risques et périls.

Voilà pour l'action de mandat, née de la faute contractuelle. Quant à l'obligation de réparer le préjudice causé aux créanciers, obligation qui, selon nous, est délictuelle et dérive de l'art. 1382 C. Civ., il convient également d'en indiquer le résultat et le sort, lorsque la société est en faillite. L'action qu'elle fait naître est une action directe en dommages-intérêts, dont le but est d'obtenir des administrateurs en faute que le préjudice éprouvé soit réparé. Or, quel est ce préjudice ? Il se

mesure exactement sur la diminution d'actif ou l'augmentation de passif que la faute a entraînée pour la société. Le comblement en étant opéré, les tiers seraient évidemment sans intérêt et partant sans droit pour agir. C'est dire que les administrateurs, s'ils sont condamnés envers la société, seront à l'abri du chef des créanciers, pourvu que la condamnation obtenue au nom de la société par l'action de mandat soit égale à ce préjudice. Mais si la réparation n'a point été fournie par eux à son taux exact, si par exemple elle a été atténuée par une transaction intervenue avec la société alors qu'elle était encore *integri status*, les créanciers lésés auront le droit d'agir pour le complément. Tout cela nous paraît certain. Mais les difficultés apparaissent plus grandes, si nous nous demandons comment le droit des créanciers pourra s'exercer en cas de faillite ?

Les syndics auront-ils seuls qualité ? Les créanciers au contraire conserveront-ils leur action ? Enfin, ceux-ci pourront-ils agir seulement à défaut de ceux-là ?

Nous le répétons, les actes des administrateurs ont engendré un double droit : l'un au profit de la société, et l'autre au profit des tiers. La réparation accordée doit être égale pour tous les créanciers de la faillite, que l'on exerce le premier ou le second de ces droits. Est-ce une raison suffisante pour soutenir que les syndics sont les représentants nécessaires de cet intérêt collectif ? Nous pensons, avec M. Labbé (*Sir.* 1879, I, 98, *ad notam*), qu'il n'en est rien. « La loi n'exprime nulle part, dit-il, « que toute action contre une personne quelconque, une per-
« sonne autre que le failli, par cela seul qu'elle répond à l'in-
« térêt collectif, universel des créanciers de la faillite, entre
« dans les attributions des syndics. Elle dit encore moins que
« l'exercice d'une semblable action soit modifié, retiré à l'ini-
« tiative individuelle par l'état de faillite. » Nous en concluons que les tiers peuvent agir à défaut des syndics, en pleine liberté. Que si le procès est engagé déjà par les syndics au nom de la société, les tiers n'en ont pas moins qualité pour agir contre les administrateurs en leur propre nom, et dans ce cas ceux-là auront seulement le droit d'exiger que les causes soient liées

à raison de leur connexité, pour le bénéfice des condamnations être versé entre les mains des syndics. Si le procès a été engagé et perdu par les syndics, les tiers pourront néanmoins agir, car il n'y a pas chose jugée contre eux; l'action n'est pas la même, et le syndic ne les a point représentés. Enfin, si le syndic n'a obtenu qu'une condamnation jugée insuffisante, les tiers pourront agir à leur tour pour obtenir le complément. — Mais notons que, dans les deux cas, chacun agit en son propre et privé nom, et que la condamnation ne peut profiter qu'au demandeur en proportion de son intérêt et non à la masse. Ce sera, certes, une situation fort embrouillée, mais les administrateurs qui ont violé les statuts devaient savoir qu'ils s'obligeaient ainsi personnellement envers les tiers.

Une conséquence très-intéressante à tirer de ces principes, c'est que la transaction intervenue entre les administrateurs et les syndics, quand elle vise des faits constituant violation de la loi ou des statuts, n'est point opposable aux tiers, qui agissent en réparation du préjudice que ces actes leur ont causé. Nous faisons ici de la théorie, c'est dire que nous n'avons pas à indiquer à quelles difficultés de preuves se heurteront les tiers amateurs de ces sortes de revendications. Cette transaction peut éteindre l'action de mandat, elle est sans influence sur l'action délictuelle qui résulte de l'infraction aux statuts; elle ne fait qu'en diminuer l'importance quant au chiffre de la condamnation à intervenir qui, naturellement, devra être réduit de tout ce que la transaction aura rapporté au demandeur sous forme d'augmentation de son dividende dans la faillite.

Ainsi, d'après nous, si la responsabilité des administrateurs résulte d'actes qui constituent des infractions aux statuts, les tiers et la société, représentée par les syndics, peuvent agir en pleine liberté, et tenter la fortune du procès. Les uns ne peuvent épuiser le droit des autres. Les administrateurs ont seulement le droit d'exiger que la réparation pécuniaire accordée à chaque créancier individuellement ne soit pas cumulée avec celle qui est due aux syndics; si donc, ils se sont libérés *intégralement* dans les caisses de la faillite, les tiers seront par le fait

même désintéressés et par suite sans action. Mais si les administrateurs n'ont point acquitté leur dette, les créanciers peuvent agir sans avoir à mettre en cause les syndics : les administrateurs auront seulement la faculté de le faire, et ils obtiendront alors cet avantage que le jugement à intervenir sera commun à la faillite. Mais alors l'exception de chose jugée ne serait point opposable aux autres créanciers qui n'ont point figuré au procès et qui par la suite auront conservé intact leur droit à une réparation : ainsi l'exige la règle bien connue que *nul ne plaide par procureur*. Rappelons, enfin, que les tiers ont en outre, selon nous, comme il a été dit, l'action oblique de l'art. 1166, lorsque les syndics ou la société n'ont pas épuisé leur droit.

Nous avons ainsi expliqué la nature de l'action intentée par les syndics de la société contre les administrateurs pour violation des statuts. *Cette action laisse intact le droit des tiers, mais un paiement réel l'épuise*. Nous avons vu quels sont les pouvoirs des syndics en présence de l'initiative d'un créancier. Supposons maintenant que ce sont les actionnaires qui réclament : le pourront-ils ? Les syndics devront-ils être mis en cause ?

Quant au droit pour l'actionnaire d'agir séparément et individuellement contre l'administrateur pour obtenir de lui la réparation du préjudice causé à la société par l'infraction aux statuts incriminée, il n'existe selon nous aucune raison de le considérer comme modifié par le jugement déclaratif de faillite. La situation faite à la société par la mise en faillite, est sans effet possible sur les obligations préexistantes entre l'actionnaire et l'administrateur. Cela nous paraît hors de controverse ; à ce point de vue, la faillite de la société peut n'être regardée que comme la faillite d'un tiers. Il est certain, dès lors, que le syndic ne peut pas prétendre à se substituer au droit de chaque actionnaire en particulier contre l'administrateur : il représente le failli, mais il ne représente nullement les débiteurs du failli ; or, les actionnaires pris individuellement ne sont que les débiteurs du failli. Cette observation de principe n'a pas très-grande importance pour nous qui, dans le cas étu-

dié, ne reconnaissons pas d'action individuelle aux actionnaires contre les membres du conseil d'administration, même en l'absence de faillite. Le droit de poursuivre la réparation du préjudice causé par la violation des statuts appartient selon nous non à chaque actionnaire isolément, mais à l'assemblée générale qui a nommé les administrateurs et qui a seule qualité pour agir au nom de la société. L'action intentée contre l'administrateur est au premier chef une action d'intérêt social, c'est à la société à en disposer à l'exclusion de chaque actionnaire en particulier. La majorité fera sur ce point la loi à la minorité. Les administrateurs sont les mandataires non de chaque actionnaire en particulier, mais de la société représentée par son assemblée générale. Dans ces assemblées, la loi de la majorité doit être respectée ; c'est la majorité des actionnaires qui a seule qualité, à l'exclusion des individus, pour décider les questions qui visent la gestion des intérêts sociaux. A raison de ces intérêts, il ne peut donc exister d'action isolée de la part d'un associé. En souscrivant à des actions et en versant, on se dépouille entre les mains de la majorité des actionnaires du droit de surveiller et de contrôler l'emploi des fonds sociaux.

Le droit d'agir est donc réservé à la société. Or, en cas de faillite de celle-ci, le syndic agira en son nom. Il est substitué à la société, et n'a pas besoin d'obtenir son investiture de l'assemblée générale, car celle-ci n'est que l'organe de la société et non la société elle-même. Quand l'assemblée donne le mandat de poursuivre des administrateurs, elle le donne au nom de la société, c'est la société qui sera censée agir par mandataire, et on dira de l'action qu'elle est *sociale*. Les syndics agissent donc au lieu et place de la société ; ils exercent tous les droits qu'elle est susceptible d'exercer, en vue d'acquitter son passif. Les syndics auront donc qualité pour agir contre les administrateurs, à l'exclusion des actionnaires pris individuellement.

Mais, ici, il convient de faire une remarque. Nous avons dit plus haut que l'assemblée générale ne perdait pas tous pouvoirs par le fait de la faillite. La société, en effet,

n'est pas dissoute, et nous avons reconnu qu'elle peut être représentée, en dehors des syndics, par des administrateurs ou des liquidateurs. C'est dire que l'assemblée peut se réunir pour gérer et surveiller l'exercice des droits que la société conserve, en dehors des syndics. Mais il s'agit des droits que la loi laisse expressément ou accorde au failli : or, le droit d'obtenir réparation du préjudice causé par des mandataires est un droit qui par le dessaisissement passe tout naturellement aux syndics.

Un point reste à noter pour compléter notre réponse à la question posée. Si le syndic tarde à agir, les actionnaires n'y pourront rien, personnellement, — et l'assemblée générale ou les administrateurs ou liquidateurs n'auront que la voie détournée accordée par l'art. 467 du C. Com. : ils s'adresseront au juge-commissaire et pourront demander le remplacement des syndics. C'est un droit le plus souvent inutile en pratique.

Si nous passons à la troisième cause de responsabilité qui pèse sur les administrateurs d'une société par action, les principes ci-dessus admis nous soutiendront et nous guideront. Il s'agit ici du dommage causé à la société par la négligence, l'impéritie de ses représentants. Les statuts ont, à la vérité, reçu leur pleine application. Mais les administrateurs n'ont pas apporté dans leur gestion le zèle qu'ils avaient implicitement promis en acceptant le mandat social. Tout est nuances dans l'appréciation des faits. Supposons que la responsabilité de l'administrateur soit sérieusement atteinte : le syndic de la société faillie pourra-t-il agir ? Dans quelles conditions se présentera-t-il au procès ?

L'action intentée n'est plus ici celle de l'art. 1382, c'est une action purement contractuelle, l'action de mandat. Or, c'est la société seule qui, par l'organe de la majorité des actionnaires, a conféré ce mandat aux administrateurs. La société est en faillite ; il s'agit d'un intérêt purement pécuniaire pour elle ; le syndic aura donc qualité pour intenter l'action de mandat.

Nous pensons qu'il aura cette qualité à l'exclusion des tiers, car la responsabilité encourue est le résultat et l'application juridique d'un contrat auquel ceux-ci sont restés étrangers. Il

n'y a aucun lien contractuel entre les administrateurs et les créanciers d'une société. Nous ne reconnaissons donc pas à ces derniers l'action *directe* de mandat; mais il convient de rappeler ce qui a été dit ci-dessus pour l'exercice de cette action par la voie oblique de l'art. 1166 du C. Civil. Certes, ce droit mitigé et affaibli peut avoir son utilité; mais la pratique, confessons-le, ne l'accorde généralement pas aux créanciers, en cas de faillite. Il est douteux que cette extension de l'effet oppressif des faillites s'appuie sur des raisons véritablement juridiques.

A l'égard des actionnaires pris individuellement, il nous semble également que les syndics ont seuls qualité pour agir. Nous ne reviendrons pas sur cette question : c'est l'assemblée générale qui a seule qualité pour représenter la société. C'est d'elle que les administrateurs ont reçu mandat, et c'est à elle qu'ils en doivent rendre compte; la société est le seul mandant, à l'exclusion de chaque actionnaire pris isolément. Celui-ci n'a, dans l'espèce, que le droit de figurer à cette assemblée, de prendre part au vote, et de concourir à la formation de la majorité. A la majorité seule, il appartient de statuer sur le droit de la société. En cas de faillite, ce pouvoir passe aux syndics; on ne voit pas pourquoi il passerait également à chaque actionnaire, voire même à ceux qui n'ont pas adhéré au choix des administrateurs.

Ainsi, d'après nous, les syndics de la faillite pourront agir à l'exclusion absolue des actionnaires, car ceux-ci n'ayant pas la qualité de créanciers, il ne saurait être question pour eux d'exercer cette action même, en se conformant à l'art. 1166. Cette disposition légale n'est écrite en effet qu'à l'égard des créanciers, et nous n'admettons pas que l'actionnaire, parce qu'il n'est point propriétaire par indivis du fonds social, doive nécessairement être assimilé à un créancier : nous nous séparons, sur ce point, de la doctrine de M. Lyon-Caen (V. Sir. 1882, 2, 25, *ad notam*), pour nous ranger à l'opinion de notre savant maître M. Beudant (V. *Rev. crit. d. législation*, 1869, p. 135). En dehors des droits de propriété, il peut y avoir, selon nous, d'autres droits pécuniaires que des droits de créance.

Les syndics ont donc qualité pour agir ; par le jugement déclaratif l'action passe entre leurs mains , telle qu'elle se comportait entre celles de la société. C'est dire que si celle-ci en avait régulièrement disposé, soit par renonciation pure et simple, soit par transaction, le syndic se verrait opposer tous les moyens opposables à la société elle-même.

L'enchaînement théorique de notre système apparaît nettement ; nous reviendrons sur cet exposé , pour indiquer les solutions divergentes et les critiques, après avoir rapidement examiné la quatrième et dernière cause de responsabilité incombant aux administrateurs des sociétés par actions. Nous voulons parler, on le sait, des faits et actes particuliers qui ont causé préjudice soit à certains actionnaires, soit à certains créanciers de la société pris individuellement. Il s'agit par exemple d'obtenir la réparation du dommage éprouvé par un capitaliste qui , abusé par les fallacieuses promesses des administrateurs a consenti à acheter des actions à un cours exagéré. Cet actionnaire pourra agir contre les administrateurs, non en vertu d'un contrat, mais en vertu de l'art. 1382 C. Civ. Il demandera ainsi la réparation du préjudice qu'il a éprouvé personnellement, en dehors de toute perte sociale, par le fait illicite de ces administrateurs. Cette action n'a aucun caractère collectif ; elle n'intéresse en rien ni la société elle-même, ni la masse de ses créanciers ; elle sera donc exclusivement personnelle à cet actionnaire. Les syndics sont sans qualité pour en demander raison aux administrateurs. Et il en serait de même si le préjudice avait été éprouvé non par un actionnaire, mais par un créancier de la société. La même solution s'impose en ce cas.

Telle est la théorie à laquelle nous n'hésitons pas à apporter l'humble appoint de notre concours. On y trouvera la solution de la plupart des procès qui peuvent être intentés contre les administrateurs d'une société en faillite, réserve étant faite du cas où il s'agit d'une société arguée de nullité. Nous avons montré comment, à notre sens, et par qui les administrateurs peuvent être poursuivis. Il convient maintenant d'indiquer *comment l'action peut se trouver éteinte.*

Ce point de vue mérite de fixer l'attention. On sait, en effet, que rarement les responsabilités encourues par les administrateurs ont abouti, en fait, à des réparations adéquates au préjudice causé.

Il intervient le plus souvent des transactions qui, par l'abandon de prétentions réciproques, mettent fin aux difficultés soulevées, en conjurent d'autres et facilitent le règlement et le recouvrement de ces sortes de créances. Les syndics y trouvent aussi l'avantage, inappréciable pour la masse des créanciers, de hâter la solution de la faillite qui leur est confiée.

Nous n'avons à nous occuper ici que des transactions intervenues entre les syndics et les administrateurs, les autres n'ayant d'effets qu'entre les parties contractantes seulement, et n'affectant exclusivement que leurs droits individuels, qu'il s'agisse de créanciers ou d'actionnaires. La règle que nul ne plaide par procureur a ce résultat inévitable que les créanciers ou actionnaires qui agissent contre les administrateurs ou traitent avec eux, laissent intacts les droits similaires.

Mais lorsque cette opération émane des syndics, elle revêt un certain caractère collectif, dont il faut nettement déterminer l'étendue, tant à l'égard des actionnaires qu'à l'égard des créanciers.

Nous pouvons dès maintenant, et pour n'y plus revenir, écarter la dernière des hypothèses ci-dessus examinées. Lorsqu'il s'agit de l'action que pourraient intenter les créanciers ou actionnaires pour dommage à eux causé en l'absence de tout préjudice pour la société, par de simples manœuvres des administrateurs, les syndics sont sans qualité pour engager le procès et, par suite, pour transiger. La transaction intervenue ne libérera donc pas les administrateurs de la responsabilité qu'ils ont ainsi encourue à l'égard des intéressés pris individuellement. Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (art. 2045 C. Civ.) : seules les personnes lésées ont cette capacité, et les syndics ne les représentent pas. La discorde des controverses n'a pas éclaté sérieusement sur ce point.

Nous supposons qu'un administrateur, poursuivi par le

syndic de la société faillie, transige avec lui, moyennant un prix déterminé, dans le but nettement exprimé au contrat tant de terminer les contestations déjà nées que de prévenir les contestations à naître. Le syndic renonce à tous les droits qu'il pouvait, en ladite qualité, faire valoir contre lui. Quel est l'effet de cette transaction, dans notre système ?

Passons successivement en revue les droits des actionnaires et des créanciers de la société, en laissant de côté, pour l'étudier plus tard, le cas où il s'agit de la nullité de la société.

Selon nous, la réponse sera très-nette pour les actionnaires : leur intérêt particulier est absorbé et en quelque sorte détruit par l'intérêt supérieur et collectif de la société à tel point que nous ne leur avons pas reconnu le droit d'agir isolément par l'action de mandat. Cette action, dite *action sociale*, appartient à la société seule, qu'il s'agisse d'une simple faute ou qu'il s'agisse même d'une violation des statuts. Après la faillite, la société est dessaisie : seul le syndic peut agir et transiger en son nom. Cette transaction est donc pleinement opposable aux actionnaires, soit qu'ils veuillent agir isolément, soit même que, délibérant en assemblée générale régulière, ils aient la prétention d'exercer contre les administrateurs une action que le syndic a régulièrement éteinte par une transaction véritable. Et cette transaction vaudrait à l'égard de la société, même si, par un concordat, elle était remise à la tête de ses affaires. Il faudrait, en ce cas, pour obtenir des administrateurs réparation nouvelle, faire annuler la transaction pour cause de collusion, et l'assemblée générale aurait seule ce droit, que nous lui reconnaitrions du reste même pendant la durée de la faillite. Remarquons bien que notre solution doit être adoptée même par les auteurs qui, contrairement à nous, permettent à l'actionnaire d'agir isolément contre les administrateurs, en subordonnant l'exercice de ce prétendu droit, comme condition de recevabilité, à l'inaction et à l'abstention de la société elle-même : ce droit en effet n'est plus considéré par eux comme *intact* dès qu'il a été en quelque sorte converti par l'usage en une action exclusivement propre à la

société. Système fort répandu qui s'appuie plutôt sur de fausses idées de sentiment que sur des raisons de droit.

La situation faite *aux créanciers* par cette transaction générale et sans réserve consentie par les syndics est plus délicate. Nous estimons, quant à nous, que pour les fautes qui ne relèvent exclusivement que du mandat et de l'obligation purement contractuelle qui incombe à l'administrateur de remplir ce mandat avec la diligence qui est exigible de tout mandataire, il n'y a rien à dire : l'action en responsabilité dont est justiciable l'administrateur de ce chef n'appartient pas aux créanciers. Mais pour les fautes qui constituent, comme la violation des règles statutaires ou des prescriptions légales, des délits civils dont réparation est due aux tiers en vertu de l'art. 1382, et à la société en vertu de son action sociale, nous pensons que la transaction dont s'agit leur sera opposable jusqu'à concurrence seulement de son montant. Chaque créancier pourra agir, selon nous, contre l'administrateur jusqu'à concurrence du préjudice total qu'il a personnellement éprouvé, déduction faite de sa part dans la somme versée à l'actif de la faillite en exécution de cette transaction.

C'est dire, que ces sortes de transactions ne pourront exonérer les administrateurs qu'à raison des fautes provenant de leur simple négligence. Si la responsabilité a été par eux encourue pour des faits illicites comme contraires soit aux statuts, soit à la loi, l'effet de l'arrangement sera qu'à l'avenir ils ne seront plus soumis qu'à l'action individuelle des créanciers, et que par conséquent ils ne pourront être condamnés qu'en proportion de la part de ceux-ci dans le préjudice total causé à la société elle-même : procès bien fait pour rebuter les plus entreprenants.

Telle est la doctrine à laquelle nous nous rallions sur la délicate question des recours contre les administrateurs. Nous avons cru devoir, pour la clarté de notre exposé, présenter tout le système en ajournant la discussion des opinions contraires. Nous ne pouvons pas nous soustraire à cette partie de notre tâche. Mais il faut bien convenir que l'extrême divergence des idées émises par les auteurs et souvent soutenues

par des arrêts, nous fera comme un devoir d'être sobre de détails et de contradictions. Le faisceau de principes que nous avons essayé de former contient d'avance, selon nous, la réfutation implicite de ces idées.

Nous n'avons à nous occuper à ce point de vue que des causes de responsabilité de la seconde et de la troisième catégorie. Or, le système que nous avons adopté est très-vivement battu en brèche.

Sur les droits de l'actionnaire isolé, on a souvent essayé de soutenir que les administrateurs étaient responsables non à l'égard de la société seulement, mais encore et aussi à l'égard de l'actionnaire. Dans ce sens, nous n'hésitons pas à citer quelques lignes empruntées à M. P. Pont (t. II. n° 1706) : « C'est « à la collectivité même, c'est-à-dire à *la société*, qu'appar-
« tient en principe l'action en responsabilité. Sans doute, un
« associé pourrait, dans son intérêt personnel, agir indivi-
« duellement contre les administrateurs, si la société omet-
« tait ou refusait d'exercer l'action. Mais, en définitive, c'est
« d'un mandat social, d'un mandat collectif qu'il s'agit ici ; par
« suite, c'est à la société, en principe, qu'il appartient de met-
« tre en œuvre contre les mandataires l'action qui en peut
« résulter. »

Même ainsi limité et réduit, ce système ne nous paraît pas admissible. Ou l'actionnaire a droit à une réparation, et alors qu'il la réclame librement ! Ou il a abdiqué entre les mains de la majorité, et alors l'initiative ne lui appartient plus ! L'éminent magistrat n'admet pas cette logique. Moins généreux que les uns, il veut être plus libéral que les autres. Il tempère la rigueur des opinions contraires ; mais à vouloir être modéré, devient peu juridique. En vérité, si c'est à la société qu'appartient l'action, elle peut en disposer, et telle est bien l'opinion de M. Pont : « maîtresse de l'action, écrit-il, la société
« peut y renoncer, en transigeant, ou même l'abandonner soit
« directement, soit indirectement. . . » Comment dès lors peut-on autoriser un associé à agir individuellement contre les administrateurs ? Ne sera-ce point enlever à la société le droit qu'on vient de lui reconnaître ? A coup sûr, *si celle-ci omet ou*

refuse d'agir, c'est qu'elle a ses raisons pour cela, et l'actionnaire doit les respecter et s'y soumettre. Prétend-il qu'il y a dol et malignité? Son droit alors est fort simple : qu'il provoque, en se conformant aux statuts, une délibération sociale! Et alors l'intérêt collectif sera débattu non par des personnes agissant isolément, mais par la collectivité elle-même. Le contrat de société est, par notion, opposé à l'état d'anarchie. Si la société omet ou refuse d'agir, il n'y a que ses créanciers qui puissent agir par l'action oblique. C'est par une extension de cette disposition légale que, selon toute vraisemblance. M. Pont arrive à accorder à l'actionnaire ce droit de second plan. Nous avons mentionné plus haut notre opinion sur ce point : les actionnaires ne doivent pas, à notre avis, être considérés comme des créanciers de la société (Voy. *supra* p. 106 *sic*. Beudant : *Revue crit. de législ.* 1869, p. 135; *Contrà*, Lyon-Caen : déjà cité).

Dans le système de M. Pont, les syndics auraient bien qualité pour agir au nom de la société ; mais chaque actionnaire pris isolément pourrait, à leur défaut, engager le procès, en substituant sa propre initiative à la leur, et par ce moyen enlever aux syndics, par une précipitation calculée, la possibilité de choisir l'heure favorable. Il est certain, en effet, que les administrateurs mettront en cause les syndics, afin d'éviter les embarras pouvant résulter d'un grand nombre de condamnations, et aussi afin de s'arranger directement avec la faillite si faire se peut, avant que des actionnaires n'aient obtenu jugements contre eux.

Il y a là une nuance ; mais cette nuance présente selon nous une très-grande importance pratique. M. Labbé l'a excellemment décrite (V. S. 1885. 1. 97 *ad notam*). Il fait remarquer que sa doctrine, d'après laquelle la société seule peut agir et non l'actionnaire, ne comporte qu'une seule exception. Quand il s'agit de certaines fautes d'une gravité exceptionnelle, qui constituent des infractions à la *partie immuable* des statuts, l'assemblée générale qui n'avait point pouvoirs pour modifier cette partie des statuts, n'est plus alors maîtresse de l'action. Dans ce cas, notre savant maître enseigne très juridiquement

que l'actionnaire pourra agir en son propre et privé nom : la loi de la majorité en effet est alors incompatible avec celle du contrat de société lui-même. Cette loi restrictive puise son existence dans l'usage, ou si l'on préfère dans la volonté implicite des parties : or, la volonté contraire résulte précisément du pacte fondamental lui-même. Dans les limites où le contrat aura pris soin de s'expliquer sur ce point pour limiter les attributions de l'assemblée générale, celle-ci sera impuissante, et, s'il y avait eu violation commise par les administrateurs, l'énergie individuelle de chaque actionnaire pourra s'exercer, selon nous. De même, et à l'inverse, l'assemblée générale serait également désarmée au profit des associés, dans l'hypothèse où les infractions commises par les administrateurs auraient porté sur les dispositions des statuts que l'on doit considérer comme essentielles et immuables, nonobstant toute clause contraire des statuts, car une convention ne peut par une de ses clauses réduire à néant pour un contractant les autres clauses qu'elle renferme.

Dans cet ordre d'idées M. Labbé n'hésite pas à accorder son approbation à la partie suivante du dispositif d'un arrêt du 21 juin 1881, rendu dans les célèbres affaires Péréire (Voy. S. 85. 1. 107) : « l'action en réparation d'un préjudice causé à la société appartient à la collectivité des actionnaires. Le droit d'exercer l'action emporte le droit de transiger sur le litige. » Il refuse au contraire, et très logiquement, d'adhérer au point de vue suivant, qui pourtant est emprunté à ce même arrêt : « L'assemblée ne peut changer l'essence de la société, mais elle peut couvrir les fautes, même celles commises en violation des statuts, au moyen d'une transaction qui assure une réparation notable du préjudice causé. »

Dans un arrêt du 28 décembre 1853 (V. *Sir.* 54. 1. 433), la cour régulatrice a décidé, au contraire, que cette ratification n'est point valable. Cet arrêt est conforme à la doctrine de M. Labbé, que nous n'hésitons pas à adopter.

Mais s'il en est ainsi, quelle sera la nature de l'action reconnue à l'actionnaire ? Ce sera une action en dommages-intérêts, individuelle, puisant sa source non dans les règles du

mandat et dans la disposition de l'art. 1992, mais dans les règles du contrat de société et, à défaut de l'art. 1382 qui serait le plus souvent applicable, dans ces stipulations essentielles de bonne foi qui sont tout particulièrement inhérentes aux rapports entre coassociés, et que les jurisconsultes romains réunissaient en une dénomination générale, quand ils disaient que les coassociés doivent obéir à un certain « *jus fraternitatis* ». Les actionnaires auront donc, dans ce cas, une action individuelle, distincte de l'action collective et pouvant lui survivre : ce ne sera pas l'action sociale, laquelle appartient à la société seulement et dérive du mandat légal ou conventionnel conféré aux administrateurs, mais une action en dommages-intérêts appartenant non aux syndics, mais aux actionnaires individuellement, demande directe que les actionnaires intenteront contre les administrateurs comme de véritables tiers, mais dont le montant variera selon que réparation plus ou moins complète aura été accordée à la société représentée par ses syndics, en cas de faillite.

La jurisprudence abonde en monuments sur les questions de principes qui nous occupent. Nous n'avons pas ici à les discuter systématiquement pour chercher à dégager la doctrine qu'elle paraît admettre. Nous dirons seulement que, sur le point le plus important de la matière, elle est assez favorable, dans son courant de progrès, à notre doctrine de centralisation de l'action sociale entre les mains des syndics à l'exclusion des actionnaires. M. Labbé fait ressortir cette tendance, en indiquant deux arrêts rendus par la Cour de Paris, dans la même affaire du *Crédit Mobilier*, à deux années seulement de distance. Le premier en date, qui est du 1^{er} août 1868, considère que les administrateurs devaient accomplir fidèlement le mandat « *qu'ils tenaient de l'intimité en sa qualité d'actionnaire* » ; le second, au contraire, rendu par la même Cour le 28 juin 1870, pour liquider les dommages-intérêts que le premier avait accordés par état, considère que l'action sociale « *résultant de fautes commises par les administrateurs dans l'exercice de leur mandat, appartenait à la société, à l'universalité collective des actionnaires* ». (Voy. Vavasseur, t. II, n^o 864.)

Enfin notons que, dans un arrêt fort important du 3 décembre 1883 (Sir. 85, 1. 97 et la note de M. Labbé), la Cour de Cassation n'a pas eu, il est vrai, à se prononcer, mais que le conseiller rapporteur a fortement motivé l'opinion qui refuse absolument l'exercice de l'action de mandat à des actionnaires isolés.

Un arrêt de la Cour de Paris du 30 juin 1883 (*Journal des Sociétés* 1885, p. 2), porte que, en cas de faillite, l'actionnaire possède encore, aux termes des art. 1991 et 1992 C. Civ., l'action de mandat contre les « *administrateurs qu'il a préposés à la gestion de la société* ». L'actionnaire pourrait, d'après l'arrêt, exercer cette action de son chef propre, en agissant *ut singuli*, dans un intérêt personnel et exclusif, « *sans em-
« piéter sur l'action sociale tendant au même but dans l'inté-
« rêt de tous que le syndic seul a qualité pour exercer ut
« universi* ». L'arrêt ajoute qu'il y a lieu de rechercher si l'action individuelle de l'actionnaire contre les administrateurs, *recevable en principe*, ne se trouve pas éteinte soit par l'exercice de l'action sociale par le syndic, soit par un *quitus* de l'assemblée générale des actionnaires. Nous relevons dans le même recueil un arrêt plus récent, du 6 mai 1885 (*J. des Sociétés* 86, p. 43) qui indique très-nettement que la Cour de Paris persiste dans cette doctrine.

Certes, les idées émises dans ces monuments sont nombreuses ! Nous croyons que les honorables magistrats qui ont rédigé ces arrêts, ont eu à se préoccuper, dans leur travail, d'accorder au moins une satisfaction théorique à des opinions divergentes. Qu'on en juge ! Il est dit tout d'abord que l'action de mandat appartient à l'actionnaire, et que les administrateurs sont préposés *par lui* à la gestion de la société. Mais aussitôt après, la Cour lui oppose comme supérieur le droit de la société. Nous pensons qu'il est absolument nécessaire de choisir entre ces deux manières de voir, qui sont contraires. Si la première doit l'emporter, les syndics n'auront pas l'action de mandat qui dérive des art. 1991 et 1992, car ils ne représentent point les actionnaires ; ils n'auront, au nom de la société, que l'action qui résulte de l'art. 1382 C. Civ., les administrateurs étant pour

elle de véritables tiers. Si, au contraire, c'est de la société qu'émane leur mandat, les administrateurs n'en doivent compte qu'à la société elle-même représentée par les syndics, et les actionnaires sont sans droit pour exercer contre eux l'action de mandat qu'ils n'ont pas plus singulièrement que dans l'intérêt de la société : *nec ut singuli, nec ut universi*. Cette jurisprudence, avec laquelle les praticiens devront cependant compter très-sérieusement, n'est donc selon nous qu'un amalgame d'idées qui sont de véritables antinomies. Elle a de plus l'inconvénient de multiplier les difficultés, en remplaçant par le désordre l'unité et la concentration des forces.

Pour les créanciers, le système que nous avons adopté est également battu en brèche. On se refuse en général, tant en doctrine qu'en jurisprudence, à les considérer comme indépendants de la faillite, dans leurs rapports avec les administrateurs. Si le préjudice qu'ils ont éprouvé est vraiment en dehors de toute idée de perte sociale, alors seulement on veut bien leur accorder une véritable action individuelle, que les syndics n'ont pas le droit d'exercer en leur lieu et place. Il n'y a, dans ce cas, aucun lien d'intérêt commun entre les parties lésées : aussi nous concède-t-on que chaque créancier a seul le droit d'agir en réparation. C'est la quatrième catégorie de faits, dont nous avons parlé.

Mais, le dissentiment apparaît pour les causes de responsabilité autres. Nous avons soutenu, ce qui du reste est d'opinion courante, que les administrateurs sont à raison de leurs fautes civiles exposés à des actions soit délictuelles soit contractuelles. Ces dernières appartiennent à la société seulement selon nous, et aux actionnaires aussi dans de certaines conditions selon d'autres. Quant aux créanciers sociaux, tant que la société *est integri status*, ils ont en vertu de l'art. 1166 C. Civ. le droit d'engager le procès que leur débiteur se refuse à entamer. L'opinion dominante en jurisprudence est que, en cas de faillite, l'exercice des droits et actions du failli se trouve enlevé aux créanciers, et que ceux-ci doivent subir la représentation du syndic, que la loi leur impose sous le contrôle du juge-commissaire. (Voy. Cass. 21 décembre 1875, S. 79. 1. 97

et la note ; 16 janvier 1878 S. 1878. 1. 441 et surtout la note de M. Labbé, Cour Orléans 20 mars 84. S. 85. 2. 145).

Mais en dehors de l'action oblique, accordée par l'art. 1166 C. Civ., les créanciers ont aussi en vertu de l'art. 1382 C. Civ., le droit d'exiger la réparation du préjudice que leur ont causé les administrateurs, non point à la vérité par leurs simples fautes contractuelles, mais par tous actes illicites et dommageables constituant des délits civils. Nous avons distingué entre ces actes, ceux qui n'ont fait tort qu'aux créanciers pris individuellement de ceux qui ont fait tort également à la société elle-même soit en augmentant son passif, soit en amoindrissant son actif. Mais cette distinction, dans notre esprit, n'était faite que pour suivre le courant général des exposés de doctrine en cette matière. Elle n'a pas pour résultat, selon nous, de mettre en relief des différences juridiques nettes et saillantes. On se rappelle en effet que, dans l'un comme dans l'autre cas, nous avons décidé que l'action appartient à titre singulier et absolument personnel à chaque créancier : le seul point de dissemblance c'est que la société ayant été, dans l'une des hypothèses, lésée quant à ses intérêts, pourra poursuivre et obtenir réparation, mais que dans l'autre elle ne le pourra pas. Ce concours de deux actions possibles, mais absolument différentes, nous a paru devoir se régler sans difficultés : le droit du syndic et celui de chaque créancier sont indépendants au point de vue juridique. Il n'y a que les déboursés faits par les administrateurs qui aient de l'importance, et pour cette unique raison qu'ils atténuent d'autant, mais de cette somme seulement, la responsabilité de ces derniers, nonobstant tous arrangements ou quitus quelconques.

Telle est notre doctrine, résumée en peu de mots. Nous devons nous hâter de reconnaître qu'elle n'a point rallié l'adhésion de la jurisprudence. Celle-ci en effet s'inspire d'idées différentes. Elle consent à appliquer sans réticence les principes de l'art 1382, quand le dommage causé au créancier demandeur est exclusivement personnel à celui-ci : il en sera ainsi par exemple quand il invoquera à l'appui de sa réclamation des manœuvres employées à son égard pour entraîner son

consentement, et le décider à souscrire à une émission d'obligations. Dans ce cas, la jurisprudence décide, pour les créanciers comme pour les actionnaires, que l'action en indemnité contre les administrateurs est absolument personnelle aux parties lésées. Mais si la société elle-même a subi un préjudice, le droit qui résulte pour les tiers de la disposition tutélaire et protectrice de l'art. 1382 se trouve modifié. La faillite aura pour effet, selon la jurisprudence, de réunir tous les liens de droit individuel que le fait des administrateurs aura créés, en un faisceau compact dont les syndics seuls pourront se servir dans l'intérêt commun. « Lorsque les créanciers ont éprouvé « un dommage *ut universi*, c'est-à-dire un dommage qui les « atteint tous également, c'est au syndic qu'il appartient « d'en demander réparation. Les créanciers ne conservent le « droit d'agir que pour la réparation d'un préjudice qui en a « frappé un ou quelques-uns d'entre eux, *ut singuli*. » Cette distinction est sans cesse reprise par la plupart des arrêts, et elle est exposée également par la plupart des auteurs.

M. Pont (t. II, n° 1545, p. 544 et 545) défend, en l'exposant, la doctrine des arrêts. Lorsqu'il s'agit de poursuivre la réparation du dommage ainsi causé aux tiers, il faut considérer quel est l'intérêt lésé. Si le préjudice est distinct et personnel à certains créanciers, et n'affecte pas la masse entière, le syndic « sera évidemment sans qualité. » Au contraire, l'action appartiendra au syndic, et à lui seul, si le préjudice est commun à tous les créanciers, car alors l'action *intéresse la masse*, dans laquelle tous les droits individuels se trouvent confondus. L'argumentation de l'éminent magistrat se résume ainsi en une affirmation : il néglige les conséquences. Ce sont causes secondes dont l'interprète fera son affaire. Nous avouons cependant que les principes posés ne nous paraissent pas du tout démontrés. Nous pouvons, après analyse, retenir ces deux idées simples qui sont la base du système : si le fait a causé préjudice à la collectivité, l'action individuelle intéresse *la masse*, et cette autre idée que tous les droits individuels sont confondus dans la masse.

Vavasseur expose la même théorie, mais avec plus de

détails (t. I, n° 749, 3^e édit.). Il montre bien que, pour lui, c'est la faillite qui produit cet effet. « Les créanciers, dit-il, « qui, avant la faillite, auraient pris l'initiative de la pour- « suite ne seraient pas tenus de mettre en cause le syndic, « sauf à celui-ci à intervenir dans l'instance s'il le jugeait utile « aux intérêts de la masse. »

Bédarride (*Loi de 1867 sur les Sociétés*, n^{os} 208 et 209, app. n° 2), estime que ce système permettra seul d'obtenir l'égalité entre les créanciers, puisque les dommages-intérêts qui seront alloués aux syndics se répartiront au marc le franc entre les créanciers, et que chacun d'eux recevra sous forme de dév- dende une réparation proportionnée à ce qu'il aura perdu.

Ces différentes manières de raisonner ne nous séduisent pas. Le créancier lésé agit en vertu de l'art. 1382 : c'est donc un droit individuel qu'il fait valoir, droit qui ne saurait être en rien modifié par la coexistence de droits similaires. L'égalité, dit-on, doit être maintenue entre les divers créanciers ! Mais c'est une affirmation presque puérile ! La loi n'organise cette égalité, on l'a vu, que dans les cas de faillite ; or, les administrateurs ne sont point des commerçants en faillite. Ce ne sont que des débiteurs en déconfiture : la loi de l'égalité, spéciale à la faillite, ne s'impose donc pas à leurs créanciers personnels. Tel est le droit. Le fait nous inspire des considérations semblables : tous les créanciers ne seront jamais, en effet, fondés à agir. Il y aura ceux qui ont été lésés et ceux qui ne l'ont pas été. L'intérêt de la société peut certes avoir été compromis par le fait délictuel ; il en résulte pour elle une créance qu'elle fera valoir, on l'a vu, par l'action sociale ; mais il n'en résulte point, en tant qu'il s'agit de l'action individuelle appartenant à chacun des créanciers lésés par le même fait, une créance générale et collective appartenant pour le profit à tous les créanciers passés, présents et futurs de la société. Prenons un exemple : les administrateurs d'une société ont employé les fonds sociaux en placements anti-statutaires. La société étant encore *integri status*, ces administrateurs pourront être poursuivis par l'action sociale, et par les créanciers qui avaient déjà traité avec la société au moment où les actes domma-

geables et illicites ont été commis. Ceux qui traiteront avec elle par la suite, ne seraient point fondés à intenter l'action de l'art. 1382. La faillite est déclarée : en vertu de quel principe cette catégorie de créanciers prétendrait-elle à avoir, par son représentant, l'action susdite ?

Nous ne discutons pas pour le plaisir de contredire. Notre point de vue est juste, et nous ajoutons qu'il y a grande importance à le reconnaître. Certes, si l'action sociale est intacte, les syndics pourront agir : même dans ce cas, nous accueillons favorablement l'initiative diligente des créanciers. Les magistrats qui, dans la liquidation de dommages-intérêts, ont toujours une latitude d'appréciation et une liberté de mouvement très-grande, sauront très-bien, dans ce cas, n'indemniser les créanciers qu'en condamnant les administrateurs à verser ce qu'ils devront dans les caisses des syndics. Ce sera, en droit, donner gain de cause aussi bien aux créanciers poursuivants qu'aux syndics : les juges auront seulement, pour les premiers, déterminé un mode de paiement particulier. Mais si l'action sociale est épuisée, les syndics, selon nous, ne pourront plus agir. Le droit de poursuivre les administrateurs n'appartiendra plus qu'aux créanciers, et aux créanciers lésés seulement, quoique dans le fait générateur d'obligation on ait pu trouver de dommageable pour la société elle-même, être collectif.

Nous démontrons ainsi que la jurisprudence a tort de parler des cas où les créanciers ont subi un dommage *ut universi*; il n'existe en effet d'autre lien commun entre ceux-ci que la nécessité de se faire payer sur le même patrimoine, c'est-à-dire sur l'actif de la société, en se conformant aux règles de la faillite. A ce point de vue seulement, on peut employer, sans abus, l'expression de masse des créanciers. Mais à l'égard des administrateurs, il ne saurait y avoir place à cette représentation légale des créanciers, en dehors de la faillite. Les intérêts de chacun sont du reste pleinement indépendants en droit, l'art. 1382 ne donnant naissance qu'à une créance personnelle en dommages-intérêts. Ce qui intéresse la masse, c'est l'action sociale; quant à l'action individuelle,

elle lui est étrangère. L'importance de celle-ci peut seulement être modifiée par l'usage plus ou moins heureux que les syndics feront de celle-là.

Cela n'est-il pas singulièrement conforme à la distinction essentielle à établir, en matière de sociétés, entre l'intérêt des associés et l'intérêt des tiers? Une déclaration de faillite de la société ne saurait raisonnablement avoir pour effet d'arracher à ceux-ci l'action individuelle qu'ils avaient auparavant (voyez Vavasseur, *loco citato*), contre les administrateurs considérés comme auteurs de délits civils. Peu importe à la valeur de notre argumentation, que la société ait eu ou n'ait pas eu à subir de perte.

Nous estimons donc qu'une transaction intervenue entre les syndics et les administrateurs ne serait pas opposable aux tiers créanciers de la société, agissant en leur propre et privé nom soit que les faits invoqués par eux à l'appui de leur demande aient été, comme de simples manœuvres destinées à les tromper, absolument sans effet sur l'actif social, soit au contraire que, comme des abus de pouvoirs, ils aient entraîné des pertes, voire même la ruine de la société. L'action sociale est indépendante de l'action des tiers contre les administrateurs. Il n'y a qu'impossibilité de cumuler le profit de ces actions.

Il n'entre pas dans le plan de cette étude de présenter l'analyse détaillée des arrêts. La distinction ci-dessus critiquée est presque chaque fois reproduite. Voy. Douai 10 août 1868 (Sir. 69, 2, 161) et la note intéressante de M. Labbé. Voyez également Cass. 21 décembre 1875, (S. 1879, 1, 97) 16 janvier 1878 (S. 1878, 1, 441) et les notes et renvois.

Dans l'affaire sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de Douai du 10 août 1868, les défendeurs au procès soutenaient que les faits à eux reprochés n'ayant causé aucun préjudice à la masse des créanciers *ut universi*, l'action en responsabilité ne pouvait être exercée par le syndic. C'est pour cette raison que la Cour a repoussé la prétention des syndics, de se substituer au lieu et place des créanciers ; il nous semble que la solution adoptée par elle blessait à la fois le droit et le

fait. Elle blessait le fait, car l'action reposait sur la négligence et sur l'incurie que les membres du Conseil de surveillance avaient apportés dans l'accomplissement de leurs devoirs : or, de telles fautes exigent une réparation au profit de la société. Il est donc faux de dire que l'intérêt des créanciers *ut singuli* est seul engagé. Elle blesse le droit, car les syndics pouvaient exercer l'action sociale, l'action de mandat, nonobstant le droit individuel des tiers. Cette critique de l'arrêt formulée, nous admettons, avec M. Labbé qui annote cet arrêt, que les syndics avaient le droit d'agir à côté des créanciers, mais nous pensons qu'il en est ainsi parce qu'ils ont l'action sociale. Ils ne sauraient, selon nous, puiser ce droit dans l'intérêt des créanciers eux-mêmes : l'action de l'art. 1382 nous apparaît, comme aux rédacteurs de l'arrêt précité, *tellement personnelle* qu'elle ne saurait sous aucun prétexte être considérée comme présentant un intérêt collectif. A l'action sociale seule appartient ce caractère selon nous ; quant aux actions directes des créanciers en dommages-intérêts, elles se refusent par nature à constituer un faisceau unique entre les mains du syndic, par cette raison que la faute des administrateurs varie juridiquement avec la situation des divers plaignants, selon que ceux-ci ont plus ou moins montré de diligence ou d'incurie. Il convient de procéder pour chacun à la balance, à la compensation des torts réciproques : les syndics sont incompétents pour procéder ainsi.

Tel est le point de vue, fort exact selon nous, qui se retrouve très-nettement indiqué dans les considérants de l'arrêt précité. Nous avons fait connaître notre opinion sur la décision extrême sanctionnée dans cette espèce par la Cour de Douai.

Nous en avons ainsi fini avec l'exposé des difficultés principales qui peuvent s'élever, pendant la durée des opérations de la faillite, à propos des responsabilités encourues par les administrateurs, soit à l'égard des actionnaires, soit à l'égard de la société, soit à l'égard des créanciers. Nous avons tâché de déterminer le rôle de chacun des intéressés dans les débats soulevés au cours de l'administration des syndics, soit par ceux-

ci, soit par les parties elles-mêmes. Nous avons indiqué quelle est l'action qui appartient à chacun avant la faillite, le sort de cette action pendant la faillite, et le rôle des syndics, soit pour engager le procès, soit pour transiger. Le système accueilli par nous se recommande, croyons-nous, autant par la rigueur juridique que par une incontestable supériorité pratique : il permet en effet de dénouer simplement et rapidement des difficultés qui, dans la doctrine habituellement reçue en jurisprudence, paraissent inextricables et sont en effet restées jusqu'à ce jour sans solution nette et précise. Il en est ainsi notamment pour les transactions intervenues entre administrateurs et syndics ; avec le système adopté par la jurisprudence, les parties intéressées sont le plus souvent incertaines, étant dans l'ignorance très-explicable des conséquences possibles du contrat. Il y a là une source intarissable de procès, qui deviendraient évidemment impossibles si nos magistrats consentaient à juger en droit et non point seulement en fait.

A l'égard des gérants et des membres des conseils de surveillance, nous pensons que les développements fournis ci-dessus doivent recevoir leur application, en principe. Les différences que nous aurions à signaler, si nous avions pour but d'écrire une étude spéciale sur cette matière, ne relèvent point de l'état de faillite ; nous devons donc éliminer la question de l'étendue et des causes de la responsabilité qui leur incombe. Notons seulement que pour les gérants, l'état de faillite de la société entraîne leur faillite propre et personnelle, selon nous, et qu'ils sont indéfiniment responsables du passif social sur leurs propres biens. Le procès en responsabilité sera donc inutile, pour les syndics tout au moins ; les créanciers pourront, au contraire, avoir à agir, à titre individuel, et s'ils obtiennent jugement ils produiront pour son montant à la faillite personnelle du gérant, nonobstant le droit de produire à la faillite de la société elle-même pour le montant de leur créance. Quant aux actionnaires, ils ne seront recevables à agir contre les gérants que tout autant que les faits dont ils se plaindraient ne seraient point compris dans l'action sociale, laquelle appartient aux syndics ; si les gérants étaient con

damnés, la condamnation serait exécutée comme il vient d'être dit.

Pour les conseils de surveillance, le droit commun s'appliquera sans difficulté. L'action en responsabilité n'appartiendra aux syndics que tout autant que la faute sera une faute contractuelle. En dehors de ce cas, elle appartiendra aux seules parties lésées, l'unique difficulté consistant à apprécier l'étendue de la responsabilité elle-même. (Voy. Vavasseur, t. I, n^{os} 667 et 681 et S.; Labbé, note sous S., 79, 1, 97 précité; Lyon-Caen note sous *Sir.*, 79, 2209; Boistel, n^o 280; Lyon-Caen et Renault, t. I, n^o 448; voy. également un intéressant arrêt de la Cour d'Angers, 13 janvier 1869. *Sir.* 1870, II, 281). Ce dernier arrêt décide que la délibération de l'assemblée générale d'une cammandite par actions, qui décharge les membres du conseil de surveillance de toute responsabilité, ne prive pas les créanciers sociaux du droit d'agir contre eux. MM. Lyon-Caen et Renault rapprochent très-heureusement, selon nous, cette décision d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 février 1868 (Dall., 68, I, 177), qui accorde aux créanciers, outre l'action oblique de mandat, le bénéfice d'une action directe contre les administrateurs. Avec des principes aussi nettement posés, on devra marcher sans crainte dans la voie que nous avons tracée en cas de faillite, car celle-ci ne peut avoir pour effet de dépouiller les créanciers des actions directes qui leur appartiennent contre les tiers.

Rien de particulier à signaler pour les réparations dues par les censeurs dans les sociétés anonymes : le droit commun s'applique à eux comme aux autres personnes responsables, et la faillite est impuissante à modifier et pour ainsi dire transformer les droits acquis contre eux.

C. — Des Responsabilités pénales.

Il convient de dire quelques mots des applications possibles du droit pénal à notre matière. On sait que partout où l'esprit de spéculation se signale par des excès, les juges ont à intervenir pour exercer les rigueurs de la loi répressive. Nous

devons nous demander à quelles espèces de délits ils auront ici à pourvoir, dans l'accomplissement de leur mission.

Et tout d'abord, il est manifeste que le *droit commun* s'appliquera sans empêchement à tous les délinquants. Sur ce point, nous n'avons en principe aucune observation à présenter pour l'interprétation des textes du Code pénal ou de la loi spéciale. L'action publique suivra son cours normal. Quant à l'action civile, il importe au contraire d'indiquer nettement à qui elle appartient.

Nous pensons qu'il en est de l'action civile exercée accessoirement à l'action publique, comme de l'action en réparation que nous avons étudiée ci-dessus au point de vue du simple droit civil. L'objet de l'action est en effet le même, en ce sens que le demandeur, au civil, et la partie civile, au criminel, poursuivent la réparation du préjudice qui leur a été causé. Or, il est d'évidence que celui-là seul peut agir, par une voie ou par l'autre, qui a subi un préjudice : ce sera donc aux parties lésées qu'appartiendra le droit de se constituer parties civiles. C'est dire que les actionnaires, les créanciers et les syndics comme représentants de la société faillie pourront rendre plainte et se constituer parties civiles, ou, dans les matières qui sont du ressort de la police correctionnelle, s'adresser directement au tribunal par voie de citation.

Le procès ainsi engagé ressemble donc *par son objet* aux procès dont nous avons eu à nous occuper si longuement sous la rubrique précédente. Mais ce serait se tromper très-gravement que de croire qu'il y ait identité. On sait en effet que l'action civile engagée devant les tribunaux de répression a pour but d'obtenir la réparation pécuniaire d'un délit pénal : c'est dire qu'en ce cas la responsabilité ne saurait être considérée comme *contractuelle*, et dès lors que les actionnaires ni les créanciers ne sauraient être considérés, dans aucune des doctrines ci-dessus rapportées, comme nécessairement représentés par les syndics. Il s'agit là en effet d'un droit individuel auquel ni l'existence de la société et du contrat, ni la déclaration de faillite ne peuvent porter atteinte.

Chacun sera donc libre de se porter partie civile soit contre

les administrateurs, soit contre les gérants ou les membres du conseil de surveillance, et vainement les syndics prétendraient-ils exercer ce droit à l'exclusion des autres intéressés.

Mais il faut remarquer que ce n'est pas l'unique différence que nous ayons à signaler entre les deux sortes d'actions. Il y a notamment au point de vue de la preuve à administrer une très-importante distinction : dans un cas, en effet, il suffit d'établir l'existence d'une faute dérivant soit d'un contrat, soit d'un acte ou d'une négligence dont la loi civile permet d'exiger la réparation ; dans l'autre cas il faut avant tout démontrer que la loi pénale a été violée. La situation on le voit est singulièrement plus lourde, à ce dernier point de vue.

Notons cependant que, la réparation devant nécessairement rester adéquate au préjudice causé, si les syndics sont parties civiles concurremment avec des intéressés, les dommages-intérêts accordés à ceux-ci pourront, en vertu du pouvoir souverain d'appréciation qui appartient aux juges en ces matières, être confondus de telle sorte avec ceux qu'auront obtenus les syndics, que le profit n'en apparaîtra pour les créanciers que sous la forme d'une augmentation du dividende dans la faillite, et pour les actionnaires sous celle d'une reconstitution de l'actif social. Mais ce sont là détails d'espèces, pures difficultés de pratique ! Nous n'en parlons que pour indiquer une éventualité parfois possible, une conciliation des intérêts de chacun qui ne viole pas les principes.

En résumé, l'action civile exercée accessoirement à l'action publique appartient aux parties lésées, — actionnaires, créanciers ou société, — à titre de droit purement individuel.

Ceci dit pour l'application des principes du droit commun, nous devons rapidement énoncer les diverses observations qui s'imposent relativement aux peines de la banqueroute simple ou frauduleuse.

Il est certain tout d'abord, et la remarque en a déjà été faite, que les dispositions de la loi figurant au titre des Banqueroutes visent le cas où la faillite tombe sur une personne susceptible d'encourir les peines prononcées. Or, la faillite ne frappe, dans les sociétés par actions, que la société elle-même,

être juridique distinct de tous autres intéressés, et les associés solidaires, c'est-à-dire les gérants ou les commandités dans les commandites. S'agit-il, en conséquence, d'une société anonyme? On a vu que ni les administrateurs, ni les actionnaires ne sont atteints par le jugement déclaratif, et même qu'ils ne peuvent pas être déclarés en faillite à raison des opérations de la société. Renouard a cru, en cet état, devoir soutenir que les sociétés anonymes ne pouvaient pas être mises en faillite. Nous ne nous rallions pas à cette conséquence extrême, parce qu'il nous a toujours semblé que le régime de la faillite était organisé dans un intérêt d'ordre commercial, et que dans ce régime l'application possible des pénalités spéciales instituées par la loi du commerce était un élément d'importance tout à fait secondaire, et non point une condition essentielle à l'admissibilité de la faillite. Il convient, selon nous, de repousser cette manière de voir qui est, du reste, complètement abandonnée désormais, et de reconnaître la parfaite légalité des jugements qui prononcent la faillite des sociétés anonymes. Nous écartons donc purement et simplement les règles relatives à la banqueroute.

Nous n'insisterons pas sur cette question, que la pratique semble avoir toujours ainsi résolue. En droit, il nous semble hors de controverse possible que le délit de banqueroute simple ou le crime de banqueroute frauduleuse ne peut pas être commis par une *société*, être de raison, entité purement spéculative, incapable en soi d'intention criminelle. Le failli, ici, ne pourra pas être déclaré banqueroutier, parce que la banqueroute est un délit qui suppose un agent responsable, c'est-à-dire capable de pensée mauvaise.

La banqueroute ne sera pas plus possible, en ce cas, que lorsqu'il s'agit de la faillite d'une personne décédée.

Cette solution est importante. Elle permet en effet d'écarter, en matière de faillites de sociétés anonymes, non-seulement les dispositions relatives à la banqueroute considérée comme délit principal produisant ses effets propres, mais encore les faits de complicité. On ne peut être le complice d'un délit inexistant. Les règles de la complicité seraient donc, à elles

seules, impuissantes à faire condamner les administrateurs. Ils ne peuvent pas être considérés comme complices.

Mais, en dehors des faits de complicité, la loi commerciale soumet aux peines de la banqueroute frauduleuse les auteurs de certains délits énumérés en l'art. 593 C. Com., et à celles de l'emprisonnement les créanciers qui auront contrevenu à la défense de l'art. 597 C. Com. Dans ces différents cas, les pénalités édictées par le Code de Commerce s'appliqueront sans difficultés aux faillites des sociétés anonymes.

C'est ainsi que, par application de ce qui vient d'être dit, il est possible de remonter de la société faillie elle-même à quiconque aura, dans la réalité, agi sous son couvert, et de le soumettre aux peines de la banqueroute frauduleuse s'il s'est rendu coupable des faits prévus par l'art. 591 C. Com.; par exemple, en soustrayant les livres ou en détournant une partie de l'actif social. L'art. 593 est formel sur ce point, et les administrateurs de sociétés anonymes ne sauraient trop y prendre garde.

S'agit-il au contraire d'une commandite par actions ? Les règles de la banqueroute peuvent aisément s'appliquer : les gérants, en effet, et les associés solidaires sont des faillis ordinaires, et à eux pourra toujours être reproché le délit dont s'agit. La complicité elle-même sera dès lors possible, et les membres du conseil de surveillance pourront, s'il y a lieu, à la différence des administrateurs ou censeurs des sociétés anonymes, être considérés comme *complices* de banqueroute dans les termes du droit commun.

Telles sont les rapides observations générales que nous suggère l'application du droit pénal à notre matière. Nous pensons qu'avec les principes ci-dessus posés, on parviendra aisément à résoudre les difficultés qui pourraient se présenter dans l'interprétation des dispositions pénales relevant soit du droit commun, soit de la loi des faillites elle-même.

On le voit par les importants développements qui précèdent, la tâche des syndics est singulièrement délicate quand il s'agit pour eux de réaliser les divers éléments d'actif qui se rencontrent, en général, dans les faillites de sociétés. Nous

n'avons, il est vrai, parlé que des difficultés soulevées soit contre les actionnaires, soit contre les représentants de la société considérés comme responsables envers elle. Mais il en est d'autres, et de nombreuses, que la loi des faillites est toujours susceptible d'engendrer. C'est ainsi que l'application des articles 444 et s. C. Com. pourra, elle aussi, susciter des embarras nombreux et graves. Nous abandonnons aux commentateurs du Code de Commerce le soin d'élucider toutes les controverses y relatives : il ne nous semble pas, en effet, que notre sujet comporte l'examen de ces questions qui relèvent du droit commun des faillites, et qui ne se rapportent point spécialement à la matière des sociétés.

La réalisation de l'actif d'une société ne se distingue en somme de la réalisation ordinaire de l'actif de tout patrimoine quelconque que par le règlement des difficultés relatives soit au versement de son capital, soit à la réparation du préjudice éprouvé par elle du fait de ses administrateurs ou gérants. Or, ces différents points ont été étudiés par nous : nous pouvons donc, pour tout le reste, renvoyer aux prescriptions du droit commun.

SECTION TROISIÈME.

Règlement du Passif.

Les syndics, avons-nous dit, doivent réaliser l'actif de la société, afin de payer ses dettes. Nous avons exposé les nombreuses difficultés spéciales qui entourent les opérations relatives à la réalisation de l'actif ; il nous reste à étudier celles que soulève le règlement du passif.

Sur ce point, notre tâche sera beaucoup plus aisée. Le plus souvent, en effet, les syndics n'auront en cette partie de leur mission à soulever aucun incident spécial à la matière des sociétés. La faillite d'une société se comportera, à ce point de vue, comme la faillite des individus, et les droits des créanciers ne seront en rien modifiés.

Nous rappellerons cependant que, dans la section précédente,

nous avons déjà résolu un certain nombre de points qui n'étaient pas étrangers aux questions diverses susceptibles de diviser et mettre en conflit les syndics et les créanciers de la société. Il en est ainsi, notamment, du cas intéressant où le créancier qui veut produire à la faillite est en même temps actionnaire (voy. *supra*, p. 108 et s.), et où la source de sa créance prétendue est dans son titre même d'actionnaire. De même, à un autre point de vue, nous avons indiqué à quelles importantes difficultés donne naissance l'exercice de l'action sociale contre les administrateurs, et de l'action individuelle en dommages-intérêts. Il est clair que si un créancier a été pleinement désintéressé par les administrateurs poursuivis par lui, il ne pourra plus produire sa créance entre les mains des syndics de la société. Pareil cumul serait par trop immoral.

Quand il s'agira de la faillite d'une société en commandite par actions, on se rappelle que, selon nous, les gérants et autres associés solidaires, s'il y en a, doivent être considérés comme en état de faillite personnellement, et de plein droit. Dans ce cas, les créanciers de la société sont également créanciers de la faillite dite personnelle des gérants. Ils auront donc à produire à la fois dans la faillite de la société, où ils ne subiront point le concours des créanciers personnels des gérants, et dans la faillite personnelle des gérants où ils viendront en concours avec les créanciers personnels de ces derniers.

Si en fait, et par suite de l'autorité de la chose jugée, les faillites sont séparées, la seconde production se fera-t-elle nécessairement par les soins des syndics de la société, considérés comme ayant qualité pour représenter les créanciers sociaux dans les opérations relatives à la faillite personnelle? Il s'agit là, dit-on, d'une action qui intéresse la masse des créanciers, et que celle-ci peut exercer par l'organe des syndics, agissant dans l'intérêt collectif.

Quant à nous, considérant les gérants comme directement et personnellement obligés à l'égard des créanciers de la société, nous donnerions à ceux-ci le droit de produire individuellement et séparément, pour le montant de leurs créances, entre les

maines des syndics de la faillite personnelle, le syndic de la faillite sociale n'ayant qualité que pour exercer l'action sociale elle-même, et pour exiger judiciairement l'exécution et l'application dans toutes ses conséquences du contrat qui liait ensemble et la société et le gérant. Or, d'après ce contrat, le gérant n'est responsable de tout le passif social que dans ses rapports avec les tiers directement et personnellement, et non point à l'égard de la société contre laquelle, ayant payé plus que sa part contractuelle, il conserve toujours son recours.

C'est dire que, dans l'hypothèse où les faillites ont été séparées par justice, les créanciers sociaux ne sont pas obligés de subir la représentation nécessaire de leurs droits par les syndics de la faillite sociale. La déclaration de celle-ci ne peut avoir pour effet de les dépouiller de leurs droits à l'égard des gérants considérés comme tiers débiteurs vis-à-vis d'eux, ni même seulement de modifier les conditions d'exercice de ces droits. Dès lors, après comme avant cette faillite, c'est à eux qu'il appartiendra de produire pour le montant de leurs créances dans la faillite personnelle des gérants. Mais alors il faudra tenir compte des règles édictées par la loi en matière de solidarité, et les faillites étant séparées de fait, les choses se passeront comme lorsqu'il s'agit de codébiteurs solidaires ordinaires qui sont en faillite. La solidarité ici est une solidarité parfaite; on peut donc sans crainte appliquer les règles de la solidarité. C'est ainsi que, pour l'autorité de la chose jugée, les jugements rendus en faveur d'un créancier contre l'une des faillites (sociale ou personnelle) ne seront point opposables à l'autre, mais que, à l'inverse, le syndic de l'une des faillites pourra se prévaloir des jugements obtenus par celui de l'autre. Tel est le principe général. Toutefois, il comporte des exceptions, rendues nécessaires par le droit commun lui-même. C'est ainsi, par exemple, que l'autorité de la chose jugée au profit de l'une des faillites ne pourra être invoquée par le syndic de l'autre que tout autant que le moyen de défense serait commun aux deux faillites. Or, il est certain que les nullités établies par les art. 444 et s. C. Com. n'ont point ce caractère. Les créanciers sociaux dont la créance n'a

pas été vérifiée et affirmée, et ceux dont la créance aura été repoussée par une exception personnelle à la faillite sociale, pourront donc produire à la faillite personnelle, sauf aux intéressés à contester cette production, sans être admis à se prévaloir de ce qui a été jugé au profit de la faillite sociale.

Nous n'insistons pas sur les questions que soulèvera cette pluralité de faillites, lorsque les faillites seront, comme nous l'avons supposé, bien dûment séparées. Les principes ci-dessus posés serviront à résoudre les difficultés. Mais il convient de remarquer que nous n'avons raisonné que sur une hypothèse qui, pour être parfaitement réalisable en pratique, n'en est pas moins cependant anormale, selon nous, en ce qu'elle se trouve en contradiction avec la doctrine d'unité que nous avons adoptée. Or, d'après cette doctrine, les observations ci-dessus perdraient toute leur importance pour cette raison que les faillites seraient juridiquement confondues en une seule, et que les opérations se trouveraient ainsi réunies dans les mains des mêmes syndics, lesquels n'auraient à établir de comptes distincts qu'en vue de payer aux créanciers personnels des associés solidaires les dividendes qui doivent leur revenir, ces dividendes ne pouvant provenir que de l'actif personnel de ces derniers, et non de l'actif social.

On voit que, dans ce système, les difficultés à résoudre sont infiniment moins nombreuses que dans le premier. Nous renvoyons, pour la discussion juridique des arguments présentés en faveur de l'un ou de l'autre, à l'exposé présenté au chapitre premier (*supra*, p. 129).

Des difficultés pratiques auxquelles doit donner lieu le règlement du passif de la faillite, la plus importante comme aussi la plus habituellement soumise aux tribunaux est celle que soulève la question dite des *obligataires*. On sait que l'usage d'émettre des obligations, de types plus ou moins ingénieusement variés, a pris un très-grand développement, depuis que les grandes affaires modernes s'organisent sous la forme de sociétés.

À côté de leur capital-actions, celles-ci empruntent au public des sommes considérables desquelles elles sont véritablement

débitrices, au sens juridique du mot, et qu'elles s'obligent à rembourser dans une période de temps déterminée, à un taux supérieur au chiffre de l'émission. Les prêteurs reçoivent, en échange de l'argent prêté, des titres mobiliers négociables. Ces titres donnent lieu à des tirages au sort, dont la date est fixée lors de l'émission, et ceux que le hasard a favorisés sont remboursés au pair, bénéficiant ainsi de ce qu'on a appelé la prime de remboursement. Telle est la combinaison fort simple et fort connue dont nous devons nous occuper au point de vue de la faillite.

La société ou la compagnie qui a émis des obligations dans ces conditions, est déclarée en faillite. Quel sera le droit de l'obligataire non remboursé, pour quel chiffre sa créance sera-t-elle admise au passif de la faillite? Telle est la question qu'il importe de résoudre au double point de vue du droit et de la jurisprudence.

En droit, tout d'abord, la situation de l'obligataire est, on peut le dire, à double face. D'un côté, on peut le considérer comme un prêteur pur et simple pour le montant de ce qu'il a versé entre les mains de la société emprunteuse; mais, d'un autre côté, ce prêteur se présente avec cette particularité notable, que, lors du contrat intervenu, il a stipulé son remboursement à un chiffre plus élevé que celui des deniers avancés. L'analyse juridique permet donc de distinguer deux créances différentes, celle qui a pour objet la somme prêtée, et celle qui a pour objet la prime de remboursement stipulée.

Certes, nous tombons d'accord qu'il ne faut pas séparer, en fait, ces deux créances qui, dans la réalité, n'en constituent qu'une seule; mais nous ne pensons pas qu'il soit possible non plus, pour maintenir l'unité, de subordonner l'une à l'autre, et de dire par exemple que la seconde doit suivre le sort de la première, comme l'accessoire suit le sort du principal. Il est souvent fait abus de ce principe. On a tenté, dans notre matière, d'y trouver la solution cherchée, et c'est ainsi que des interprètes des intérêts des obligataires ont, dans de nombreux procès, essayé de soutenir que la créance de leurs clients était pour le tout une créance née d'un prêt, que telle était certai-

nement, du reste, l'intention des parties qui n'avaient point songé à scinder ainsi leurs opérations, et que par suite il devait être fait pleine et entière application à ce contrat de l'art. 444 C. Com.

Les avantages de ce système sont évidents pour les obligataires. Le jugement déclaratif de faillite, d'après l'article de loi invoqué, rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues. Il faudra donc permettre aux obligataires de produire à la faillite pour le chiffre du remboursement promis à leur obligation, quelle que soit la période de temps stipulée pour constituer l'amortissement.

Hâtons-nous de constater que ces déductions sont manifestement inadmissibles et qu'elles sont aujourd'hui repoussées par tous les auteurs. Nous avons montré que les emprunts par voie d'émission d'obligations sont des opérations compliquées en droit; que, d'une part, en effet, elles comprennent l'obligation de restituer « la somme reçue, » c'est-à-dire un contrat réel de prêt, et que, d'autre part, elles entraînent l'obligation d'amortir. Quelle est la nature de cette seconde obligation?

Nous n'avons pas ici à présenter une théorie complète de ce contrat si moderne, aussi nous contenterons-nous de déterminer le caractère juridique de la créance qui a pour objet la prime de remboursement. Nous dirons donc, nous plaçant à l'unique point de vue du taux auquel le remboursement doit être opéré en cas de faillite, que la créance de l'obligataire a pour *cause* l'accumulation des sommes annuellement consacrées à l'amortissement. Pour parler le langage de l'école, dans ce contrat, la cause de la créance de l'obligataire qui consent à laisser entre les mains de la société emprunteuse une partie de l'intérêt du prêt, c'est l'obligation même prise par l'emprunteur d'amortir son emprunt par la capitalisation des retenues. Il y a là une véritable corrélation nécessaire, et la créance de l'obligataire serait *sans cause* si, par le seul fait de la faillite, elle devait comprendre l'intégralité de la prime d'amortissement. Cette créance a pour cause la capitalisation des intérêts échus; donc, elle ne doit être considérée comme née et existante qu'au fur et à mesure et en proportion des échéances

réalisées. En dehors de l'accomplissement normal de ces échéances, on ne peut donc pas dire qu'on se trouve en présence d'une créance à terme, car ici le terme est la cause même de cette créance, et on sait qu'il n'y a pas d'obligation sans cause. (Voy. 1131 C. Civ.).

Telle est la raison nette et indiscutable pour laquelle il y a lieu de repousser l'application, à l'espèce, de la déchéance du terme établie en cas de faillite par l'art. 444 C. Com.

Mais, nous répondra-t-on, il faut bien accepter cette application à la créance née du prêt lui-même ; comment, dès lors, admettre que cette disposition légale ne vise qu'une partie du contrat seulement ? Cela n'est-il pas contraire à la règle bien connue « *accessorium sequitur principale* ? »

Nous ne l'admettons pas, parce que ce principe est en quelque sorte subordonné entièrement aux principes de l'équité naturelle. Cela a été écrit en propres termes par le législateur lui-même dans l'art. 565 C. Civ., à propos des choses mobilières corporelles. Nous ne voyons pas de raison pour qu'il en soit autrement à propos des obligations conventionnelles. Or, n'est-il pas absolument certain que dans la commune intention des parties, la société, au lendemain même de l'émission des obligations, n'était débitrice effectivement que de la somme reçue et non point, en outre, de la prime de remboursement ? Que par un fait de force majeure quelconque, par le fait du prince par exemple, la capitalisation des intérêts fût devenue impossible : quel est l'obligataire qui aurait pu, en équité, réclamer le remboursement de son obligation au pair ? La notion même du procédé connu sous le nom d'amortissement s'oppose à cette prétention. N'est-ce point cependant la séduction de cette combinaison qui, le plus souvent, aura attiré la souscription de l'obligataire ? A côté du prêt proprement dit, ce dernier savait donc bien à quelle sorte de contrat spécial il souscrivait, et il serait de sa part absolument contraire à la bonne foi et à l'équité de vouloir assimiler, au préjudice de son co-contractant, les conséquences si dissemblables des deux parties de l'opération.

Tout ce qu'il convient de décider, pour ne pas violer l'unité

du contrat, c'est que son exécution ne saurait, même en cas de faillite, n'être que partielle. Nous n'admettrions pas que les syndics de la faillite offrissent aux obligataires d'accepter leur production à la faillite pour le chiffre réellement payé lors de l'émission, et refusassent toute espèce de compensation à ces derniers pour la rupture de l'amortissement.

L'examen de cette prétention soulève un ordre différent de considérations. On a pu, en effet, au nom des syndics, soutenir une théorie toute différente. Acceptant le point de départ de notre discussion et la distinction très-nette entre les deux clauses du contrat, on a prétendu que la créance de la prime de remboursement était conditionnelle, son existence étant subordonnée à la condition suspensive du tirage au sort. Or, au jour de la faillite, certains obligataires ont été remboursés : à eux l'opération, incertaine pour la bonne fortune, aura été favorable. Pour les autres, elle ne l'aura point été, ils auront été malheureux à une loterie. Mais, si ils produisent à la faillite de la société, on leur remboursera, en monnaie de dividende, l'intégralité de leur mise, et en vain prétendraient-ils à être admis à produire pour un chiffre supérieur. C'est sur les intérêts que les primes sont payées, la prime n'est due que sous la condition suspensive que l'obligation sorte au tirage ; or, la faillite arrête le cours des intérêts, et, par suite, les tirages sont désormais légalement impossibles. Donc, la créance de prime n'existe pas, et il n'y a pas lieu de ce chef à admission au passif. On complète ainsi le système : il n'est point dû d'indemnité aux obligataires à raison de cette rupture du contrat, parce que d'abord, pour le passé, les sommes retenues à titre d'intérêts ont été réparties entre les obligataires qui tous ont eu la chance d'en profiter aux précédents tirages, et, en outre, pour l'avenir, parce que la défaillance de la condition est un effet de la loi elle-même qui arrête le cours des intérêts au jour du jugement déclaratif de faillite (art. 445 C. Com.), et n'est point le fait de la société elle-même.

Cette argumentation tend, on le voit, à réduire la créance des obligataires au seul chiffre de la somme prêtée, sans

adjonction d'indemnité pour la rupture du contrat d'amortissement.

Il nous semble impossible d'admettre la prémisse sur laquelle elle repose. Il ne s'agit point, dans l'espèce, d'un événement constituant une condition, par cette raison que les tirages ne sont pas des événements futurs et *incertains*, dans les termes de l'art. 1168 C. Civil. Les tirages sont dus, et absolument promis : ils ne sont point offerts au public comme l'appât d'une éventualité incertaine.

Il est donc contraire au droit de considérer ces tirages comme étant la condition suspensive de la créance des obligataires. Ils sont, selon nous, un simple moyen d'exécution du contrat, rien de plus. Le Code Civil lui-même nous offre au moins deux exemples présentant une très grande analogie avec notre espèce, dans les art. 1592 et 1854, en matière de vente et en matière de société : seulement, dans ces deux espèces, la désignation que les parties n'ont pas pu faire elles-mêmes au moment de la passation du contrat, est remise à un tiers au lieu d'être confiée, comme ici, au pur hasard. Dans le cas de la vente, le législateur spécifie qu'il n'y aura pas de vente si le tiers refuse ou ne veut faire l'estimation dont les parties l'ont chargé : c'est parce qu'il ne peut y avoir de vente sans un prix déterminé et désigné sérieusement (art. 1591 C. Civil); mais dans le cas de l'art. 1854, l'abstention du tiers désigné ne mettrait point obstacle à la formation du contrat. La désignation remise à un tiers de l'un des éléments d'un contrat, n'est donc point l'apposition d'une condition suspensive. Cette interprétation de l'art. 1854 se présente *a fortiori* pour le contrat dont nous nous occupons : car, à la rigueur, si le fait d'un tiers peut être considéré comme incertain, et est susceptible de constituer une *condition*, il n'en est plus de même des tirages au sort qui, évidemment, sont par eux-mêmes toujours possibles.

Nous allons plus loin. A supposer qu'il y eût une véritable condition suspensive, les conclusions ci-dessus nous paraîtraient également contraires à la saine application du

droit. D'une part, en effet, l'obligation pour laquelle une retenue a été opérée ne doit pas, comme on le dit, être considérée comme ayant reçu, dans le passé, l'équivalent de la retenue par le seul fait qu'elle a participé aux tirages. S'il en était ainsi, il faudrait nier que l'approche du dernier terme de remboursement fût, pour ces sortes de valeurs, une cause certaine de plus-value. Or, personne n'oserait soutenir une pareille assertion. D'autre part, la défaillance de la prétendue condition, dans le cas de faillite, nous paraît imputable au seul débiteur, et non point à la loi qui, en somme, n'a à intervenir dans les affaires des commerçants en faillite que pour régler plus équitablement qu'ils ne le feraient eux-mêmes les conséquences de leurs actes. Ce serait donc le cas, s'il y avait ici une véritable condition, d'appliquer l'art. 1178 C. Civ., aux termes duquel la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. Cette sévérité, si contraire au but recherché par les syndics, serait la conséquence naturelle du système qui veut faire résulter la solution du problème, de la théorie générale de la condition.

Pour nous, il s'agit ici bien plutôt d'appliquer la théorie de la *cause*, et nous avons montré qu'elle a pour effet de faire écarter la thèse de l'exigibilité immédiate de toute la prime d'amortissement. Nous ajoutons qu'elle permet également de tenir compte à l'obligataire de la situation plus favorable qui lui est acquise par l'écoulement d'une portion de la période déterminée.

Notre savant maître M. Rataud (*Revue critiq.*, année 1864, t. XXIV, p. 193), à propos de l'affaire de la Compagnie de Graissessac à Béziers, fait remarquer que la Cour de Cassation n'a point voulu appliquer l'art. 444 C. Com., parce qu'il ne s'agit point ici d'un terme ordinaire, d'un simple délai moratoire, mais d'un terme qui est la condition même (nous dirions la cause) de l'obligation contractée par la Compagnie de payer la prime de remboursement. L'éminent professeur rappelle ensuite l'hypothèse de *l'escompte en dedans* : dans cette hypothèse le terme est bien la condition, dit-il, de l'obli-

gation au pair, et cependant personne n'hésite à appliquer l'art. 444 précité, et le rejet d'amendements en sens contraire, lors de la discussion de la loi de 1838, impose cette solution. Il y a donc identité entre la situation du banquier escompteur et celle des obligataires, et cependant on accorde les intérêts non échus à l'un et on les refuse aux autres. Cette différence, poursuit M. Rataud, est tout simplement *du plus au moins*. L'art. 444 contient, cela est vrai, le germe de l'injustice signalée en faveur du banquier, mais c'est parce que le législateur a pensé que, dans les relations commerciales, le terme n'était jamais bien long, et il a par le rejet des amendements ci-dessus, voulu établir une règle de simplification.

Quant à l'hypothèse qui nous occupe, elle n'est certes pas entrée dans la prévision du législateur. Ce nous est une raison suffisante pour n'appliquer la règle d'interprétation ci-dessus que dans le cas où la simplification a été voulue par les rédacteurs de la loi, c'est-à-dire quand il ne s'agira que de ces opérations à court délai commercial, auxquelles seules ils ont certainement pensé.

Il est aujourd'hui universellement admis que les obligataires auront le droit de produire à la faillite pour le montant intégral de la somme prêtée lors de l'émission de l'emprunt, augmenté de dommages-intérêts pour l'inexécution du mode d'amortissement. C'est dans l'appréciation et la fixation de ce second élément de créance que les avis se partagent, et que l'ingéniosité des calculateurs se donne parfois libre cours.

M. le professeur Labbé a très-heureusement rapproché les divers procédés de computation imaginés par la jurisprudence et parfois même présentés, dans la rédaction des arrêts, comme de véritables systèmes juridiques affectant la valeur scientifique des règles de droit les plus rigoureuses. Nous pensons que, dans cette matière, il n'y a point lieu d'énoncer une réglementation dogmatique. Il s'agit d'indemnité, de réparation ? Concluons-en que le juge du fait doit se mouvoir avec une certaine liberté d'appréciation dans les circonstances particulières de l'affaire. Aussi bien l'arrêt célèbre rendu par la Cour de Cassation le 10 août 1863, sur les conclusions conformes

et fort intéressantes à consulter de M. l'avocat général de Raynal (Sirey, 1863, I, 428), a-t-il ainsi décidé, en laissant aux juges du fait le soin de proportionner la réparation au dommage causé.

Nous pensons que cette formule vague mais libérale suffit. Aussi n'irions-nous pas jusqu'à dire que nécessairement les dommages-intérêts devraient comprendre l'intégralité des intérêts retenus pour constituer, par voie de capitalisation, la prime d'amortissement stipulée. S'il en était ainsi, il arriverait en effet un moment où, la faillite étant déclarée, les obligataires non encore remboursés auraient droit à plus que le chiffre de remboursement convenu : cela se produirait lorsque plus de la moitié de l'emprunt émis aurait été remboursé. A ce moment, en effet, les survivants sont en quelque sorte les victimes de l'opération ; normalement les sommes retenues sur la rémunération du capital primitivement prêté par eux, auraient suffi à constituer cette prime entièrement : le hasard ne les a pas favorisés, mais il importe que la faillite ne les enrichisse point. Nous protestons donc contre cette assertion presque constamment formulée et tout à fait inexacte en théorie, que chaque obligataire doit être admis à la faillite, en outre du prix d'émission pour la somme totale des intérêts réservés qui ont couru jusqu'au jour de la faillite. Tout ce qu'il convient de dire selon nous, si on veut à toute force émettre une règle d'évaluation des dommages-intérêts dus, c'est que les intérêts réservés ainsi retenus ne sont pas acquis à la société débitrice et qu'il faut en tenir compte d'une façon raisonnable à l'obligataire non remboursé. Avec cette formule assez vague, on évite de restituer le tout à l'obligataire sous forme de dividende : les juges apprécient. Cette observation était nécessaire pour qu'on évitât d'enrichir les obligataires par la faillite, sous le vain prétexte d'appliquer un prétendu principe. Le procédé d'amortissement a ses charges pour les obligataires : notre opinion seule permet d'en tenir un compte suffisant.

Nous reconnaissons cependant que les juges du fait pourront très-valablement, pour les facilités du calcul, fixer une somme annuelle représentant ces intérêts réservés ; mais ce que nous

contestons c'est qu'ils soient juridiquement astreints à prendre exactement le chiffre qui sert de base à la constitution des annuités par la société débitrice. En fait, si le juge fixe, en outre, des dommages-intérêts proprement dits, la somme ainsi accordée devra être d'autant plus basse par rapport à la retenue prévue au contrat primitif que la faillite sera plus éloignée de la date où les rouages de l'amortissement auront commencé à fonctionner.

En dehors du système adopté par la cour régulatrice, et qui consiste à s'en remettre aux juges du fait, M. Labbé indique quatre systèmes différents, sanctionnés par des arrêts de Cours d'appel.

L'un d'eux alloue le complément des intérêts du capital prêté, à 6 0/0, depuis l'émission jusqu'à la faillite (Paris, 23 novembre 1862, *Sir.*, 1862, II, 327). C'est à propos de cette affaire, qu'est intervenu l'arrêt de cassation précité : l'arrêt d'appel est confirmé, les juges du fait ayant leur liberté d'appréciation reconnue.

La Cour de Douai (24 janvier 1873. *Sir.*, 1873. II, 244) alloue seulement une indemnité proportionnelle au temps écoulé de la période d'amortissement, au jour de la faillite.

La Cour de Paris (15 mai 1878, Cour Cas., 29 juin 1881, *Sirey*, 83, I, 218) réunit et alloue les fractions d'intérêts réservées pour former les primes, et une somme représentative de l'accroissement proportionnel de la valeur des obligations à la Bourse, si la société avait continué l'exécution du contrat.

Dans l'affaire des chemins de fer de Vendée, la Cour de Paris (28 janvier 1879, *Sirey*, 1879, II, 52), décide qu'il faut, pour apprécier la somme à ajouter au prix d'émission, rechercher d'une part le moment où, d'après le tableau d'amortissement, il y aurait autant d'obligations remboursées que d'obligations à rembourser, de manière à établir le temps moyen où tous les porteurs actuels se trouveraient avoir des chances égales de remboursement; et, d'autre part, déterminer la somme qui, sur une capitalisation d'intérêts annuelle conduite jusqu'au temps moyen, produirait une somme égale au montant de la prime.

Enfin, dans l'affaire des chemins de fer des Charentes (Cas.-civ. 18 avril 1883. Sir. 1883. 1. 441. et la note de M. Labbé, dont il est ici question) la Cour suprême décide que les obligataires ont droit « à des dommages-intérêts représentatifs tout à la fois et de la portion de la prime de remboursement déjà acquise au moment de la liquidation, et de l'accroissement proportionnel de la valeur des obligations en raison des chances de remboursement. » En décidant ainsi, la Cour de Cassation reste fidèle à son propre système, qui consiste simplement à reconnaître la légitimité des dommages-intérêts, tout en laissant aux juges du fait le soin d'en apprécier les éléments et les causes, — et c'est ce qui, dans l'espèce, avait été fait par l'arrêt attaqué.

Telle est la jurisprudence sur cette matière. Nous pensons que la seule exagération à lui reprocher, est de donner trop souvent, dans les arrêts, une forme dogmatique à ce qui n'est que la solution de l'espèce soumise. Ce correctif étant compris et admis, les décisions ci-dessus relatées peuvent évidemment être acceptées comme présentant de véritables types, sur lesquels les juges pourraient se régler par voie d'analogie, pour résoudre les difficultés spéciales aux différentes affaires.

Deux observations très-simples nous permettront de clore ce sujet. En premier lieu c'est que, si des tirages sont en retard, au moment où la faillite est déclarée, il sera permis d'y procéder pour que les obligations sorties soient portées au passif pour leur capital nominal (Sir. Lyon-Caen et Renault. t. II, p. 682, note 5, et Douai, 24 janvier 1873, précité). En second lieu, nous pensons avec l'arrêt de cassation du 18 avril 1883 précité, que le capital premièrement exigible, est le capital prêté, le prix réel de l'émission ou, comme dit l'arrêt, le taux moyen de l'émission.

Telles sont les principales difficultés que la faillite d'une société soit susceptible de soulever, relativement au règlement de son passif. Le droit commun est suffisant pour la solution des autres. Nous n'avons donc pas à nous en occuper. Par ce qui précède, on voit que la tâche des syndics est singulièrement moins lourde quand il s'agit de régler le passif que pour réa-

liser l'actif. L'existence d'obligataires est, à proprement parler, l'élément le plus certain de troubles et de procès, dans ces sortes de faillites; aussi, dans l'usage, est-elle une cause de durée des opérations, qu'aucune autre ne surpasse.

Quant aux recours entre coassociés qui ont payé les uns pour les autres, en vertu de la solidarité, et au-delà de ce qui était à leur charge personnelle, ils ne sont pas très-nombreux dans la pratique. Cela tient sans doute à ce que tous, quand les affaires sociales périssent, sont également frappés, et incapables même d'acquitter leur propre contribution dans les dettes communes. Mais si le procès est soulevé au nom, par exemple, des créanciers personnels de l'associé qui a payé plus que sa part contributoire, nous pensons que le syndic pourra produire jusqu'à due concurrence, non dans la faillite sociale, mais dans la faillite personnelle des coassociés et en concours sur leur actif personnel tant avec les créanciers sociaux qu'avec leurs créanciers personnels. Par ce procédé on arrivera à rendre vraiment égale la situation de tous les créanciers intéressés.

CHAPITRE TROISIÈME.

Des Solutions de la Faillite.

La procédure qui constitue le régime de la faillite a pour but d'aboutir à l'une des trois solutions possibles suivantes : l'union, le concordat simple ou le concordat par abandon d'actif.

Il est possible cependant et également que par une cause quelconque, par exemple le défaut d'argent, les opérations ne puissent pas être poussées jusqu'à l'une de ces solutions. Il intervient alors un jugement qui prononce la clôture pour insuffisance d'actif.

Nous devons nous préoccuper de ces différents états.

SECTION PREMIÈRE.

Formation de l'Union.

D'après une excellente observation, l'union est un état dans lequel se trouvent les créanciers à l'égard du failli, par cela seul que le concordat n'a pas lieu. (Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 816). C'est la solution la plus rigoureuse que la faillite puisse recevoir pour le failli.

Il ne nous appartient pas d'en indiquer les effets généraux, non plus que d'en décrire l'organisation. Les ouvrages qui traitent de la faillite en général y suffisent. Mais, au point de vue de la faillite des sociétés par actions, il est un point très-sérieux à examiner : si le jugement déclaratif de faillite n'a pas pour effet d'entraîner la dissolution de la société, la formation de l'union sera-t-elle en cela plus puissante ?

La question est complexe.

On sait, et nous l'avons rappelé au cours de ce travail, que le contrat de société suppose essentiellement l'action ou tout au moins la possibilité d'agir. Dans la définition même qui en

est donnée par l'art. 1832 C. Civ., le législateur exprime très nettement que pour qu'il y ait société, il faut que des bénéfices puissent résulter de la chose commune. En bonne logique, cela suppose l'existence de cette chose commune, et l'art. 1865 l'énonce du reste en propres termes, en décidant que la société finit par l'extinction de cette chose, — et cela suppose, en outre, que le capital commun peut faire l'objet d'une exploitation commune dirigée en vue d'obtenir des bénéfices. Ces données sont élémentaires, et ne sauraient être discutées.

La faillite, avons-nous dit, n'entraîne pas de plein droit la dissolution de la société. A l'appui de cette opinion doctrinale, nous avons montré qu'elle n'implique pas la disparition du capital social : elle ne prouve que le seul fait de la cessation des paiements. En est-il de même de la formation de l'union ?

Nous pensons que le simple refus de la part des créanciers d'accorder un concordat, ou, d'une manière plus générale, l'impossibilité pour le failli de l'obtenir n'implique pas d'une façon absolue cette preuve certaine. On peut supposer que la réalisation de l'actif, même effectuée par les syndics de l'union, pourra avoir ce résultat heureux de dégager la société, et de la remettre sur pied. Mais d'après la loi de 1867 (art. 37), dans les sociétés anonymes, en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de réunir l'assemblée générale de tous les actionnaires à l'effet de statuer sur la question de dissolution ; à défaut de réunion de ladite assemblée, *tout intéressé* peut demander la dissolution devant les tribunaux.

C'est par ce moyen pratique qu'en cas de formation de l'union la société pourra être amenée à dissolution. En vain prétendrait-on que la société est dissoute de plein droit par le seul fait de l'union. Ce serait tirer une conséquence d'un fait qui ne la comporte nullement en droit.

Cette solution ne peut naturellement porter aucune atteinte au droit de demander la dite dissolution, sans aucune formalité préalable, lorsque la personne intéressée pourra démontrer que le capital est certainement dévoré. La dissolution en effet n'est en ce cas que la conséquence toute naturelle du défaut

de l'un des éléments essentiels à la formation et à la continuation du contrat lui-même. Mais alors la dissolution ne sera point le résultat de la formation de l'union.

Les observations ci-dessus suffisent également, selon nous, à répondre au second argument. Malgré l'union, le capital peut subsister, c'est dire qu'il pourra, à toute éventualité, être susceptible d'une exploitation et permettre de réaliser des bénéfices. Dès lors, la société peut subsister elle aussi.

Nous pensons donc que la formation de l'union n'entraîne point la dissolution de la société. En conséquence, si la société arrive à meilleure fortune, elle pourra, théoriquement au moins, reprendre ses affaires après avoir acquitté ses dettes.

Les intéressés que la perspective de cette sorte de résurrection pourrait embarrasser, n'auront qu'à provoquer la dissolution sur leur propre demande : mais ils devront l'appuyer de preuves autres que celle qui ne résulterait que de la formation de l'union.

On sait que, lorsque les opérations de l'union sont terminées, l'art. 537 C. Com. prescrit la réunion d'une assemblée générale, laquelle aura à recevoir les comptes des syndics, et que les créanciers y donneront leur avis sur l'excusabilité du failli. Le tribunal prononce ensuite si le failli est ou non excusable (art. 538 C. Com.).

Cette déclaration d'excusabilité n'a plus, depuis la suppression de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867, qu'une valeur morale. Les associés personnellement responsables pourront donc certainement en bénéficier. Quant aux sociétés elles-mêmes, du moins celles qui ne sont pas dissoutes, on peut se demander si la chose peut présenter pour elles le moindre intérêt.

Après la clôture de cette assemblée, l'union est dissoute de plein droit (537 *in fine*), et, d'après l'art. 539, les créanciers recouvrent l'exercice de leurs actions individuelles contre le failli. Le dessaisissement cesse, à la différence de ce qui se passe dans le cas de clôture pour insuffisance d'actif, et la faillite prend fin,

Nous pensons que le principe de l'indivisibilité des faillites

s'oppose à ce que cette clôture de l'union ait lieu séparément et à des dates différentes pour les associés solidaires et pour la faillite sociale elle-même.

Nous laisserons en suspens la question controversée de savoir si, dans le cas où des biens sont découverts dont les syndics ont omis d'opérer la réalisation, il faut ou non considérer la faillite comme ouverte à nouveau en ce qui concerne les biens ainsi découverts. MM. Lyon-Caen et Renault sont, en principe, partisans de l'affirmative (*loco cit.*, t. II. p. 832) laquelle est appuyée sur des arrêts de cassation importants, mais M. Boistel (n° 1084) enseigne la solution contraire.

Dans notre matière, l'importance de l'une ou de l'autre opinion s'aperçoit aisément : les actionnaires qui n'ont point libéré leurs titres y sont tout particulièrement intéressés, bien que dans un cas comme dans l'autre ils puissent être obligés à se libérer. La question unique qui se pose pour eux, c'est de savoir entre les mains de qui ils paieront !

Il ne peut pas être ouvert de faillite nouvelle à l'égard des créanciers anciens : *faillite sur faillite ne vaut*. Mais ce droit appartient aux créanciers nouveaux, c'est-à-dire postérieurs à la dissolution de l'union. Dans ce cas, le principe de l'indivisibilité de la faillite de la société et de celle des associés solidaires ne reparait que s'il s'agit de la faillite sociale. Quant à la faillite personnelle de l'un des associés solidaires, elle n'aura point cet effet.

SECTION DEUXIÈME.

Du Concordat pur et simple.

On sait ce qu'est le concordat, et l'heureuse solution qu'il apporte à la faillite. Grâce à lui, le failli est remis à la tête de son patrimoine ; ses créanciers obtiennent en outre d'être payés plus sûrement, parce que leur débiteur se trouve plus directement intéressé qu'un syndic à arranger ses affaires.

Nous devons examiner la question du concordat successivement pour les sociétés anonymes et pour les commandites par

actions : on verra que le sujet abonde en difficultés des plus délicates à résoudre.

La loi commerciale ne nous fournit qu'un seul texte, et son interprétation a donné lieu aux plus obscurs commentaires (Voy. art. 531 C. Com.) C'est, encore ici, surtout aux principes généraux qu'il faut faire appel pour obtenir pleine lumière.

L'art. 531 est ainsi conçu :

« Lorsqu'une société de commerce sera en faillite, les créanciers pourront ne consentir de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs des associés.

« En ce cas, tout l'actif social demeurera sous le régime de l'union. Les biens personnels de ceux avec lesquels le concordat aura été consenti en seront exclus, et le traité particulier passé avec eux ne pourra contenir l'engagement de payer un dividende que sur des valeurs étrangères à l'actif social.

« L'associé qui aura obtenu un concordat particulier sera déchargé de toute solidarité. »

Les développements qui vont suivre serviront de commentaire à cette disposition légale, et en outre auront pour but de suppléer au silence de la loi.

A propos des sociétés anonymes, dont nous devons nous occuper en premier lieu, on se demande tout d'abord si un concordat est possible.

La loi, a-t-on dit, est muette sur ce point, tandis que, pour les commandites et autres sociétés, l'art. 531 C. Com. est formel. C'est donc que le législateur n'a point admis qu'une société anonyme pût concorder. Cet argument, à la vérité, n'a en lui-même qu'une bien médiocre force, car s'il fallait en notre matière ne s'en rapporter qu'aux textes de la loi, il serait tout à fait impossible, on l'a vu, de constituer une théorie des faillites des sociétés. Aussi le silence de la loi est-il ici sans valeur, lorsque son esprit n'est pas contraire. Mais nous avouons, qu'à nos yeux, le texte ci-dessus nous paraît formel : les mots suivants « lorsqu'une société de commerce sera en faillite » par lesquels il commence, ont en effet une portée générale qu'il est

presque puéril de vouloir effacer, sous le prétexte que le reste de l'article n'envisage par la suite que l'une des hypothèses à prévoir. Même en s'attachant servilement au texte de l'art. 531, il n'est donc pas permis de dire que le législateur a voulu écarter les concordats quand il s'agit de la faillite d'une société anonyme.

Mais, ajoute-t-on parfois, il est une autre raison qui s'oppose en droit à la réalisation d'un concordat pour une société anonyme : c'est que celle-ci, étant dissoute, ne peut pas traiter. Or, le concordat est un contrat qui exige que le failli puisse donner son consentement. A quoi sert du reste le concordat, si ce n'est à rendre au failli la gestion de ses affaires, à lui permettre par la perspective de bénéfices à réaliser de racheter en quelque sorte de ses créanciers sa solvabilité commerciale ? Comment une société, qui est dissoute, qui par conséquent ne peut plus entreprendre d'affaires nouvelles, et dont l'existence n'est plus prolongée que par une fiction juridique destinée à faciliter la liquidation, comment admettre que dans ces conditions la société puisse passer un tel contrat ?

Cette argumentation repose sur une double erreur. Nous avons montré, et nous n'y reviendrons pas, que la faillite n'a point pour effet d'entraîner la dissolution de la société : le premier argument est donc, sans valeur (Voy. *supra* p. 118). Mais nous ajoutons que, cette précision fût-elle reconnue exacte, la conséquence qu'on en tire est certainement fausse en droit, et exagérée en fait. Elle est fausse en droit, car une société dissoute subsiste pour les besoins de sa liquidation, et il est manifeste que si un concordat est possible, l'obtenir est un acte de liquidation, et en poursuivre la réalisation n'est pas, avec l'assentiment des actionnaires, en dehors des pouvoirs d'un liquidateur. Dès lors, la société peut très-bien négocier son concordat, fût-elle dissoute. Il y a, avons-nous dit, également erreur de fait : le failli qui traite avec ses créanciers n'est pas, en effet, astreint à consentir des sacrifices sur les bénéfices de son exploitation commerciale future. Le prétendre, c'est ajouter à la loi.

Rien donc dans les éléments juridiques du concordat ne nous paraît en contradiction avec l'idée émise qu'une société ano-

nyme en faillite peut, comme toute autre société de commerce, obtenir le sien. Nous ajoutons que cette solution doit selon nous être admise, même si la société faillie a été déclarée en liquidation : nous avons indiqué ci-dessus les motifs de cette opinion, généralement condamnée par les auteurs. Le concordat ne suppose pas essentiellement que le failli concordataire puisse recommencer de nouvelles affaires.

Nous admettons donc qu'une société anonyme en faillite demande et obtienne son concordat. Il nous semble que cette solution heureuse de la faillite ne doit pas être refusée à la société anonyme.

Nous n'avons pas à insister sur l'utilité pratique des concordats, en cette matière. Mais on comprend aisément que l'importance des intérêts engagés dans une affaire soit toujours de nature à augmenter les bienfaits et les heureux résultats de cette institution. En refuser le profit à une société anonyme, serait priver cette dernière de l'exercice d'un droit qui relève du droit commun, sans motif juridique appréciable.

Comme le dit M. Laurin (*Droit com.* p. 724 s.), les sociétés peuvent être déclarées en faillite : « de cette conséquence à celle d'un concordat conclu avec elles, la conséquence est forcée ». Le même auteur fait observer avec beaucoup de justesse que l'argument tiré de la dissolution de la société par le seul fait de la faillite, s'il était bon, devrait s'appliquer à toutes les sociétés, ce qui en démontre le mal fondé. Or, l'art. 531 C. Com. implique la possibilité d'un concordat autre que celui qui serait consenti aux seuls associés.

M. Boistel (n° 1040) est partisan de notre doctrine ; mais il fait observer qu'avant la loi de 1867 les statuts imposés par le Conseil d'Etat aux sociétés anonymes ordonnaient la liquidation en cas de perte d'une portion considérable de l'actif social : cette clause, ajoute notre savant maître, n'empêchait pas la faillite, mais empêchait absolument un concordat, puisque la liquidation est la cessation des affaires, et que le concordat en est la continuation. Il nous semble que cette contradiction entre les deux situations est plus apparente que réelle ; la liqui-

dation, en effet, n'est point nécessairement la cessation des affaires, et l'on conçoit fort bien que des liquidateurs, dans l'intérêt même de la meilleure issue à donner à leur liquidation, engagent des affaires nouvelles, et même, avec le consentement des actionnaires, leur donnent une certaine activité. De même, et à l'inverse, il est permis de supposer qu'un concordat intervienne entre le failli et ses créanciers sans que le premier ait à continuer ses opérations commerciales, ni même à en entreprendre de nouvelles pour faire face aux engagements qu'il a pris envers eux.

M. E. Blin, dans une savante et intéressante dissertation (*Rev. prat. de Dr. français*, XXIX, p. 104, et s.), enseigne également notre doctrine, qu'il considère comme seule conforme à la fois à l'intérêt général du commerce, aux textes, à l'esprit de la loi et aux principes.

M. Lyon-Caen, dans une note sous Paris, 12 juillet 1869 (Sirey, 1871. 2. 233), considère que la faillite d'une société anonyme peut prendre fin par un concordat simple ; ainsi le veut l'application de ce principe par lui posé que « *la faillite des sociétés anonymes est régie par les règles ordinaires des faillites, sauf dans les cas où la nature même de la société résiste à leur application.* » Ce principe peut être admis sans réserves ; mais on verra plus loin que nous n'admettons pas, contrairement à notre éminent maître, que le concordat par abandon d'actif, à la différence du concordat simple, soit juridiquement impossible.

La jurisprudence est fixée dans notre sens. (Voy. Cass. 9 mai 1854, Sir. 1854. 1. 673 ; Lyon 3 juillet 1862, Sirey 1863. 2. 139 ; Amiens 30 janvier 1867, Sir. 1869. 1. 98 ; Paris 12 juillet 1869, précité, Sir. 71. 2. 233.) Enfin, nous invoquons, en faveur de l'opinion par nous soutenue, qui admet la possibilité d'un concordat même lorsque la faillite est en liquidation, Orléans, 29 mars 1855 (Sirey 1855. 2. 398).

Une société anonyme pouvant, en droit, obtenir son concordat pur et simple, après faillite, il faut indiquer par qui ce concordat devra être négocié et proposé à l'assemblée des créanciers. Cette question dépend, quant à sa solution, de l'opinion

que l'on adopte sur les problèmes posés relativement à l'effet du jugement déclaratif de faillite. Nous n'hésitons pas, quant à nous, on l'a vu, à considérer les administrateurs de la société comme ayant conservé leur mandat, nonobstant la faillite. (Voy. *supra*, p. 125.) C'est donc à eux qu'il appartiendra de négocier le concordat. A cet effet, ils réuniront les actionnaires en assemblée générale et provoqueront une délibération sociale sur la question du concordat. Nous pensons que les administrateurs qui négligeraient, après la faillite, de remplir cette importante mission, pourraient, le cas échéant, être considérés comme responsables et passibles de l'action sociale, comme ayant mal rempli leur mandat.

Quant à la composition de l'assemblée générale, elle sera déterminée par les statuts. En l'absence d'une disposition nette et précise, il y aurait lieu de s'en référer au droit commun : or, ici, la délibération des actionnaires ne vise évidemment pas une modification à apporter aux statuts, ni une question qui, en droit, intéresse l'existence même de la société. L'assemblée pourra donc être convoquée à titre d'assemblée ordinaire. Cependant nous conseillerions volontiers de la convoquer en suivant les prescriptions des statuts particulières aux assemblées extraordinaires, car alors le tribunal qui sera saisi de la demande d'homologation du concordat saura très-bien, en fait, que tous les actionnaires intéressés ont été conviés à donner leur avis.

Mais en droit cela ne nous paraît pas exigé. Si on admet, contrairement à nous, que l'union emporte dissolution de la société, l'assemblée devra de toute nécessité être convoquée extraordinairement, car alors la délibération intéressera l'existence même de la société faillie.

Si la société a été dissoute et pourvue d'un liquidateur, ce liquidateur pourra négocier le concordat et réunir l'assemblée générale des actionnaires pour obtenir son consentement.

Les effets du concordat simple accordé à une société anonyme sont surtout intéressants pour les actionnaires qui, si le capital social n'a pas été entièrement versé, verront

s'atténuer leur obligation d'acquitter le passif de la société. Mais il convient cependant de remarquer que, dans la doctrine que nous avons admise sur l'obligation des actionnaires, la société reprenant la gestion des intérêts sociaux, l'actionnaire est tenu de se libérer pour le tout, après le concordat, si la société le juge utile à l'intérêt commun. Cette considération pourra parfois lui dicter l'attitude qu'il aura à tenir au sein de l'assemblée générale : car, si la société n'est pas dissoute, elle peut toujours, dans son exploitation ultérieure, retomber dans les errements du passé et aggraver la situation des actionnaires en créant un passif nouveau à éteindre.

Enfin, dernière observation, il nous semble que le concordat pourrait présenter un moyen très-efficace de rétablir l'égalité entre les actionnaires. Le passif une fois acquitté, la société poursuivra les retardataires, et, par des rentrées heureusement préparées, rendra possibles les restitutions que se doivent les actionnaires entre eux. C'est une idée que nous ne faisons qu'indiquer.

Il faut constater, en fait, que les faillites de sociétés anonymes n'aboutissent que bien rarement à un concordat. C'est un résultat que nous déplorons beaucoup, quant à nous. La cause paraît en être dans l'absence et l'abstention des administrateurs : ceux-ci considèrent généralement, et à grand tort, que leur mission prend fin avec la faillite, que leur mandat est révoqué. Aussi personne ne prend l'initiative des négociations ! Quant aux liquidateurs, leur intérêt personnel étant en général bien peu aiguisé, ils laissent marcher les opérations des syndics, sans se préoccuper d'éviter les conséquences si fâcheuses pour tous de la formation de l'union. C'est bien ce qui explique, pensons-nous, que les recueils de jurisprudence soient muets sur cette matière.

A côté des sociétés anonymes, nous devons examiner la question du concordat des sociétés en commandite par actions. On le sait, ces sortes de sociétés participent à la fois des compagnies anonymes et des sociétés de personnes. Tout ce que nous avons dit ci-dessus peut s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la faillite de la société en commandite, abstraction faite des

faillites personnelles des associés solidaires. C'est de ces dernières que nous devons maintenant nous préoccuper.

L'art. 531 C. Com. a seul pour objet de régler les difficultés de cette matière. Il y demeure manifestement insuffisant.

Nous remarquons en premier lieu qu'un concordat peut être consenti à la société et refusé à ses gérants. Les intérêts de ceux-ci, en effet, ne se confondent pas avec ceux des actionnaires, et il importe que la bonne volonté des créanciers à l'égard des uns ne soit pas subordonnée à celle dont ils sont inspirés à l'égard des autres. On peut du reste comprendre qu'un concordat soit légalement impossible à l'égard du gérant, parce que celui-ci a été déclaré banqueroutier, ou parce que ses créanciers personnels, qui ne participent en rien à la faillite sociale, sont mal disposés envers lui. Comme le dit Bédarride (*Faill. et banquer.*, t. II, n° 744 s., p. 360 s.), l'art. 531 a voulu écarter l'application à cette matière des principes de l'indivisibilité de la faillite et de la solidarité des associés qui, sous l'empire du Code, obligeaient de concorder avec tous et chacun ou de ne concorder avec personne.

Le concordat social est donc possible, alors même qu'aucun des gérants n'obtiendrait le sien. Dans ce cas, les actionnaires seront libérés par le paiement des dividendes promis. Les créanciers de leur côté conserveront leur action pour la totalité de leur créance, conformément à l'art. 545 C. Com. contre les coobligés du failli, c'est-à-dire contre les gérants ou leurs faillites, sans que la société puisse être obligée à restitution envers ceux-ci par voie d'action récursoire : décider autrement serait enlever à la société concordataire le bénéfice de son concordat. MM. Lyon-Caen et Renault font très-justement observer, à propos de ce résultat parfois extrême de l'art. 545, que l'homologation judiciaire est une garantie contre les remises exagérées faites par le concordat. (Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2916, p. 799).

Il va sans objection sérieuse que le concordat social n'est pas opposable aux créanciers personnels des gérants, puisqu'ils n'ont point été appelés à la délibération. (Sir. Cass. civ., 10 nov. 1845. Sir. 1845. 1. 798, et Renouard, t. II, p. 138). L'in-

divisibilité de la faillite ne s'applique plus depuis la loi de 1838 au droit d'obtenir le concordat ; sur ce point spécial, la loi a entendu innover (Voy. encore dans le même sens, Cass. civ. 7 janvier 1873, Sir. 73. 1. 123, Alauzet, t. VI, n° 2729 ; Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 680.)

Si les créanciers personnels des gérants ne peuvent se voir opposer le concordat consenti à la société, ils ne peuvent pas, d'autre part, s'en prévaloir contre les créanciers sociaux. Cela est d'une juste réciprocité ; aussi n'hésitons-nous pas à approuver un arrêt de la Cour de Paris du 18 juillet 1870 (Sir. 1870. 2. 243) qui autorise les créanciers sociaux, après le vote du concordat accordé à la société, à concourir avec les créanciers personnels des associés aux délibérations relatives à la faillite de ceux-ci, et notamment au vote du concordat sollicité par eux. (V. en sens contr., Geoffroy, *Code prat. des faillites*, p. 293.)

Nous devons, sur ce sujet si délicat, mentionner la décision d'un arrêt de Cass. Civ., 5 décembre 1864 (*Sir.*, 1865, I, 29), aux termes de laquelle la disposition de l'art. 545 ne peut être invoquée par les créanciers sociaux à l'encontre des gérants ou de leurs faillites, lorsqu'en concordant avec la société ils n'ont point fait leurs réserves contre les associés solidaires. Pour comprendre cette décision de la Cour suprême, il convient de remarquer que les réserves dont il y est question ne sauraient jamais constituer qu'une circonstance de fait de la cause : et alors on peut admettre que l'absence de réserves puisse être considérée, selon les espèces soumises, comme constituant une renonciation de la part des créanciers sociaux aux droits qu'ils peuvent exercer dans la faillite des gérants. Mais, en droit, l'arrêt cité admet la possibilité de la solution qui accueille les créanciers sociaux, nonobstant le concordat social, dans les faillites personnelles des gérants. Si des réserves avaient été faites au concordat, la prétention eût été admise évidemment. Il ne faut donc conclure de l'arrêt du 5 décembre 1864 qu'à l'importance qu'il y a, en fait, pour les créanciers sociaux à éviter toute apparence de renonciation à leurs droits contre les associés solidaires. Il appartient au juge du fait d'apprécier

sur ce point ; mais l'art. 545 reste applicable en principe. Dans l'espèce, il s'agissait de commanditaires qui s'étaient immiscés : cette considération de fait a pu inspirer l'arrêt, et aussi cette autre qu'il s'agissait d'un concordat par abandon d'actif : la solidarité, dans ce cas, était, en effet, une peine pour les commanditaires défendeurs. Les juges se sont, en conséquence, montrés peu difficiles dans l'appréciation des circonstances de fait.

L'hypothèse où le concordat social a été accordé étant ainsi examinée, nous devons nous occuper de celle où ledit concordat est refusé. Dans ce cas, il y a formation de l'union entre les créanciers sociaux. L'art. 531, qui, dans ses termes, n'était pas très-explicite sur la première hypothèse, et au silence duquel nous avons dû suppléer, est formel, en ce qui concerne la seconde, pour admettre qu'un concordat soit consenti, à défaut de concordat social, à tous les associés ou à quelques-uns d'entre eux seulement. *En ce cas, tout l'actif social demeurera sous le régime de l'union.* Mais la loi décide expressément que l'associé concordataire reprendra son patrimoine propre, et que le dividende par lui promis ne sera payé que sur des valeurs étrangères à l'actif social. Pour évaluer la fortune propre de l'associé auquel le concordat est consenti, il faut en déduire les apports promis à la société (Voy. Boistel, n° 1040 et les renvois) ; ceux-ci constituent en effet des valeurs sociales, et font partie de l'actif de la société dont parle la loi pour l'enfermer dans le régime de l'union.

L'effet du concordat ainsi obtenu sera de dégager le gérant concordataire des liens de la solidarité ; ce qui veut dire qu'une fois les dividendes payés il sera libéré, sans recours possible. Cela s'explique. L'associé concordataire ne peut plus être poursuivi, car tel est l'effet propre du concordat. La loi ajoute qu'il est déchargé de toute solidarité : en effet la solidarité étant effacée, il ne sera pas soumis aux recours de ses cogérants. Cela est pleinement conforme, du reste, à l'interprétation que nous avons ci-dessus admise pour l'art. 545, et à ses effets. La solution, d'ailleurs, est ici moins difficile à admettre que dans les hypothèses ordinaires où il s'agit de co-

obligés. Nonobstant le concordat du débiteur principal, ceux-ci peuvent être poursuivis pour le tout, sans recours contre le concordataire, telle est la solution en général assez inique que l'art. 545 a adoptée et que sanctionne la jurisprudence. Mais dans notre hypothèse, l'art. 531 organise un premier correctif considérable à l'iniquité dont s'agit, en exigeant que les apports de l'associé concordataire soient laissés dans les caisses de la faillite sociale. Cette disposition rendra le plus souvent impossible toute plainte sérieuse de la part des coassociés solidaires. Ils seront sans grief.

Nous apercevons une objection spécieuse à notre manière de distinguer les deux patrimoines : pourquoi, nous dira-t-on, obliger le gérant auquel le concordat est consenti à réaliser son apport dans les caisses sociales ? Si cet apport n'est point encore versé, n'est-ce pas créer une sorte de privilège en faveur de la faillite sociale, à l'encontre des créanciers personnels, sur les valeurs représentatives de cet apport ? Nous ne le pensons pas, car cette déduction des apports opérée en faveur de la faillite sociale n'est que la conséquence de la confusion spéciale qui existe entre les valeurs sociales et les valeurs personnelles des associés en nom. La société est propriétaire, selon nous, des écus promis par le gérant, par cela seul que le gérant a en sa possession une somme égale : nul ne saurait être admis, en effet, à se prévaloir du fait, qui est une véritable faute de sa part, qu'il n'en a pas opéré le versement, alors qu'il devait le faire, entre les propres mains du gérant. Cet aperçu nous paraît expliquer très-bien la solution, et suffit à indiquer que, dans l'espèce, on ne peut parler du privilège accordé à la faillite sociale, en l'absence d'un texte de loi. Il n'y a point de privilège, par cela seul qu'en réalité on ne fait que procéder à distinction des valeurs qui appartiennent à la société, de celles qui appartiennent en propre au gérant et sont le gage de ses créanciers personnels.

La loi cependant ne parle que des *valeurs sociales*. Sur ce point, il y a difficulté. Nous pensons que si la confusion entre l'actif personnel du gérant et l'actif social ne s'est point produite en fait, et que le gérant ne puisse pas en être consi-

déré comme responsable, l'union, c'est-à-dire la faillite sociale, ne devra être admise que comme créancière, et qu'à ce titre elle figurera au concordat particulier à côté des créanciers sociaux. Il y a là, en effet, un élément de son actif qui, aux termes de la loi, ne peut pas lui être enlevé. Nous ne pouvons pas décider que la faillite sociale a pour cette créance un droit de prélèvement, car alors ce serait à proprement parler lui concéder un véritable privilège; mais nous ne pouvons pas admettre, à l'inverse, que parce que l'un des associés n'a pas entièrement réalisé son apport, et que dans son patrimoine les valeurs promises ne se trouvent point en nature (ce qui est le cas examiné), cet associé soit dépouillé du droit d'obtenir un concordat particulier; or, c'est ce qui arriverait si on exigeait en droit absolument et *sans discernement* que les apports fussent intégralement versés dans les caisses sociales, pour que le gérant pût obtenir un concordat particulier. Par *valeurs sociales*, nous entendrons donc les apports réalisés et ceux qui au moment de la faillite ont pu être réalisés par le gérant en ses propres mains, alors même que le versement n'aurait point été fait dans les caisses sociales: pour le restant, la valeur sociale n'est qu'une créance, mais cette créance appartient à la société, elle doit demeurer à la disposition du syndic de celle-ci, et l'art. 531 est formel sur ce point pour prohiber toute convention contraire.

Ainsi protégés, les coassociés solidaires n'ont pas à se plaindre, non plus que leurs créanciers personnels, car le concordat consenti, sous la garantie de l'homologation du tribunal, à l'un des gérants, contiendra toujours à l'égard de la société un accomplissement très-sérieux des obligations contractées en vertu de la convention de société. L'application de l'art. 545 précité est donc, vis à vis d'eux, rendue moins rigoureuse par la disposition bienveillante de 531, 2°. On verra, du reste, plus loin que telle a bien été l'intention du législateur.

L'art. 531 *in fine* énonce que l'associé concordataire sera déchargé de toute solidarité. Nous pensons que, dans ce texte, il ne faut rechercher que l'expression formelle d'une idée, déjà rappelée, idée de réforme qui a consisté, en vue des effets

bienfaisants à attendre des concordats particuliers, à faire échec et exception en leur faveur au principe de l'indivisibilité de la faillite, et de la solidarité des associés commandités. La première partie du texte écarte l'indivisibilité en permettant d'accorder des concordats séparés et distincts, et la seconde allège le concordataire de la responsabilité solidaire à l'égard des créanciers : l'innovation voulue par les auteurs de la loi se trouve ainsi très-nettement déterminée, par une exception expresse aux principes qui régissent les sociétés de personnes. Cette décharge de solidarité n'est donc, selon nous, que la décharge de la solidarité existant envers les créanciers sociaux : il ne peut pas s'agir ici des questions de recours entre coassociés, puisque ladite décharge n'émane pas des associés.

On a essayé cependant d'attribuer un sens différent à la formule générale et vague de la loi. Nous pensons qu'elle ne peut influer en rien ni sur les rapports des créanciers sociaux avec les faillites des autres associés, ni sur les rapports de celles-ci avec l'associé concordataire. Sur ce point, l'art. 545 suffit encore selon nous à régler la situation. Les créanciers sociaux conservent, nonobstant ce concordat particulier, leur action pour la totalité de leur créance contre les autres associés solidaires, sans que ceux-ci puissent avoir, contre le bénéficiaire du concordat, aucune espèce d'action en recours, dans le cas où ils paieraient plus que leur part contributoire. Les développements qui précèdent rendent compte de cette solution draconienne, puisée dans le droit commun : mais nous répétons que, les apports de l'associé restant dans l'union, la rigueur de la loi se trouve singulièrement atténuée.

Alauzet (t. VI. p. 457, n° 2728 et suiv.) enseigne que le concordat consenti à l'un des associés indéfiniment responsables implique division de la dette à l'égard de celui-là, et qu'alors, aux termes de l'art. 1210 C. Civ. les créanciers ne conservent leur action solidaire que sous la déduction de la part du débiteur qu'ils ont déchargé de la solidarité. Cet auteur renvoie pour un examen plus approfondi de la question à Bédarride (faill. et banquer. t. II. n° 749 et s.), qui soutient la même

thèse, mais sans éviter de tomber dans de certaines contradictions : au n° 749, l'éminent jurisconsulte enseigne que « la partie de la dette sociale remise au concordat profite à ses coassociés, » ce qui suppose bien évidemment que, cette déduction opérée, l'action solidaire pourra être poursuivie contre les coassociés. Aussitôt après il invoque (Voy. n° 750) à l'appui de ce qui précède l'art. 1285 C. Civ. d'après lequel la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Si ce dernier rapprochement était exact, il impliquerait l'abandon, dans notre espèce, de l'action solidaire contre les coassociés ! Et cependant telle n'est pas la solution à laquelle se range M. Bédarride, puisqu'il ne les considère, au n° 749, que comme partiellement libérés. Mais au n° 752, M. Bédarride écrit en outre que l'associé concordataire doit verser à la société sa mise de fonds *même après avoir obtenu un concordat* : « il ne doit point acquérir sa libération aux dépens de ses coassociés qui déjà se trouvent frustrés des avantages qu'ils auraient trouvés dans l'application à la dette commune de ses biens personnels. » Nous nous demandons en vérité si, en écrivant ces lignes, l'auteur n'oublie pas ce qu'il vient de décider un peu auparavant : comment, en effet, les coassociés peuvent-ils se trouver frustrés, alors que le concordat, d'après la thèse de M. Bédarride, a pour effet de les libérer à l'égard des créanciers pour la part de leur coassocié concordataire ? Nous pensons, tout au contraire, qu'ils doivent se féliciter d'un aussi heureux événement. Il est même permis de constater que l'obligation imposée par M. Bédarride au concordataire de verser à la société sa mise de fonds, devient une véritable circonstance aggravante de la contradiction relevée : si le concordataire a dû pour obtenir son concordat se libérer entièrement de sa mise sociale, et que ses coassociés soient, en outre, déchargés de solidarité pour sa part contributive, ceux-ci, loin d'avoir à se plaindre, seront au contraire en bénéfice pour tous les versements faits à l'union qui viendront également les

dégrever, en cas d'excédant de ces versements, sur la part contributoire du concordataire dans les dettes.

Une telle conséquence suffit à faire juger un système; ajoutons que ledit système en imposant, comme condition de validité, que le concordataire se libère entièrement de sa mise sociale, ajoute à la loi et rompt l'égalité entre les créanciers de celui-ci, au profit de l'un d'eux, qui est la société. Il nous paraît impossible d'accorder une pareille préférence aux droits de la société, d'autant plus que les créanciers personnels de l'associé y perdraient toujours, étant le plus souvent livrés à la merci des créanciers sociaux, dans les assemblées de créanciers.

Quant à M. Laurin (p. 724 s.) il paraît bien se rallier à cette interprétation si favorable aux coassociés; il voit même dans ce 3^e alin. de l'art. 531 C. Com. un argument en faveur de la doctrine si contestable qui considère le concordat comme entraînant novation dans la créance. Si la décision ainsi admise devait être accueillie, elle constituerait certes une dérogation au droit commun énoncé en l'art. 545; n'est-il pas dès lors illogique de prétendre y trouver les éléments d'appréciation de ce même droit commun?

MM. Lyon-Caen et Renault enseignent un système absolument contraire à celui des auteurs précités (Voy. t. II. p. 923 n^o 3128). « *Cette décharge, disent-ils, n'est admise qu'à l'égard des créanciers.* » Telle est bien aussi notre opinion. Mais les savants auteurs ajoutent aussitôt : « le concordat ne peut nuire « à des personnes qui ne pourraient pas y voter. En conséquence, celui des associés qui a payé plus que sa part dans « les dettes sociales, a un recours même contre l'associé « concordataire. » Ils remarquent cependant que ce recours ne peut être exercé au préjudice des créanciers sociaux (Sic Namur, t. III. n^o 1906).

D'après ce système, on le voit, les créanciers sociaux auraient le droit de poursuivre les coassociés du concordataire pour le tout, mais ceux-ci pourraient à leur tour agir en recours contre lui, pour tout ce qu'ils auraient payé en plus de leur propre part, sauf à choisir ou à attendre le moment

où ils ne contrarieraient point les droits des créanciers sociaux.

Cette opinion a le tort, selon nous, de ne pas tenir exclusivement compte de la disposition formelle de l'art. 545, et de chercher à la corriger en y ajoutant. D'après cet article les créanciers conservent leur action pour la totalité contre les coobligés du failli concordataire : quant à ceux-ci ils ne peuvent pas recourir contre ce dernier, parce qu'ils ont payé, et c'est à eux, ou mieux à leurs faillites, de supporter la perte résultant de la remise faite par le concordat. Il est donc inexact de dire simplement, dans notre espèce, que « le recours ne peut « pas être exercé au préjudice des créanciers sociaux » : il faut résolument reconnaître que le coassocié dont s'agit n'a pas de recours du tout contre le concordataire.

La disposition finale de l'art. 531 doit donc s'entendre en ce sens que désormais la qualité d'associé solidaire s'efface chez le concordataire et que, grâce à cela, il est possible de traiter séparément avec lui, de ne plus le solidariser avec ses coassociés personnellement responsables. Mais prétendre que, dans ce texte, il y a une dérogation au droit commun introduite en faveur des coassociés du concordataire, alors que ceux-ci sont en faillite et qu'on ne leur accorde pas de concordat, c'est vouloir que les créanciers sociaux se dépouillent de leurs droits, sans bénéfice équivalent dans les conditions du concordat auquel ils consentent, puisque dans toute hypothèse le concordataire est à l'abri de tout recours (sauf cependant dans l'opinion mitigée de MM. Lyon-Caen et Renault). Nous aurions donc ici l'hypothèse tout à fait imaginaire d'une concession sans retour de réciprocité, c'est-à-dire absolument inutile, puisque, d'après le droit commun, le concordataire n'est pas exposé aux recours des coassociés.

Tels sont les effets du concordat. Nous avons indiqué avec quelques détails les conséquences de l'art. 531, dans l'hypothèse où il y a, dans une commandite par actions, plusieurs associés solidaires. Bien que cela ne soit pas de nature à se rencontrer souvent dans la pratique, nous avons cru devoir nous en préoccuper sérieusement, parce qu'il convenait, en vérité, de ne pas

laisser inaperçu le texte le plus important que la loi ait cru devoir consacrer à la faillite des sociétés. Par ce qui précède, et ce qui va suivre, on verra si elle a, en parlant, répandu sur le sujet une lumière suffisamment claire.

Sur la manière dont le concordat sera délibéré et sur la composition des assemblées, nous avons peu de choses à dire. Pour les sociétés anonymes, on a vu que, selon nous, les administrateurs ou, si la société a été dissoute, les liquidateurs ont qualité pour faire des propositions, en s'appuyant ainsi que de besoin sur une délibération préalable des actionnaires. Nous pensons que l'art. 509 C. Com. devra s'appliquer sans difficultés et, par conséquent, que le concordat devra, lors de l'assemblée des créanciers, à peine de nullité, être signé par les représentants légaux de la société. Nous refusons donc de nous associer à une décision de la Cour de Lyon, 18 mars 1884 (*Journal des Sociétés*, 1886, p. 28 et suiv.), d'après laquelle, en droit, les formalités exigées par la loi pour l'obtention du concordat ne seraient point applicables aux administrateurs, et l'obligation de signer, séance tenante, ne leur serait point imposée. (Voy. Rousseau et Defert, sur l'art. 509 C. Com.)

Pour les sociétés en commandite, le *concordat social* donne lieu aux mêmes observations que le concordat consenti aux sociétés anonymes, avec cette différence seule que le rôle des administrateurs y est tenu par les gérants. Quant à la concession de traités particuliers aux associés solidaires, elle a donné lieu à de très-vives controverses, tant pour la composition des assemblées de créanciers, que pour les règles elles-mêmes qui régissent leurs délibérations.

Nous pensons qu'en cette matière, il faut tenir compte du principe de l'indivisibilité de la faillite, lequel ne reçoit échec que tout autant que les votes sont acquis. Or, ce principe et le texte des art. 505 et 529 1^o et 531 C. Com. exigent bien que le concordat, ou sinon la formation de l'union, de la société et celui de chaque associé solidaire, soient délibérés ensemble et sans retard.

Nous déciderons donc que les convocations devront être adressées en conséquence tant aux créanciers sociaux qu'aux créan-

ciers personnels. Les délibérations devront cependant suivre un certain ordre : les créanciers sociaux statueront tout d'abord sur les propositions de concordat relatives à la société. Que le concordat soit consenti à celle-ci, ou qu'il lui soit refusé, lesdits créanciers de la société seront appelés à décider si, à l'égard des associés personnellement responsables, il y a lieu de consentir à la décharge de solidarité prévue par l'art. 531 C. Com., et qui n'est autre que le concordat particulier lui-même.

Nous exigeons que les créanciers sociaux votent séparément sur ce point, parce que eux seuls ont qualité pour disposer de la solidarité dont s'agit, à l'exclusion des créanciers personnels.

Si ce vote est favorable au gérant, il pourra obtenir son concordat, tant des créanciers sociaux que de ses créanciers personnels, et ce n'est qu'à cette condition que ledit vote des créanciers sociaux pourra produire effet. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les créanciers personnels unis aux créanciers sociaux repoussent les propositions présentées, le vote précédent des créanciers sociaux devra être considéré comme non avenue, puisqu'il y a formation de l'union.

Donc, en résumé, la délibération portera d'abord, à l'assemblée où seront convoqués tous les créanciers, tant sociaux que personnels, sur le concordat de la société : les créanciers sociaux y prendront seuls part. Que le concordat soit consenti à la société ou qu'il lui soit refusé, pour que le gérant obtienne le sien, il y aura lieu en outre et tout d'abord à un second vote préalable des créanciers sociaux, dont l'objet sera d'accorder la décharge de solidarité prévue et ci-dessus expliquée, et ensuite à un dernier vote des deux catégories de créanciers réunies.

Pour clore ce rapide exposé d'un système des plus complexes, il convient de constater que, dans tout ce qui précède, nous entendons que les votes successifs, pour produire effet, soient rendus successivement et *in continenti*. L'art. 509 C. Com. et les principes de la matière nous paraissent exiger cette solution à l'égard de chacun des associés solidaires.

Nous n'insisterons pas sur les délicates questions que pour-

rait soulever la discussion de ce système. Tout ici est, en effet, controversé, et nous aurions sans doute bien des développements à fournir encore, si le cadre assigné à notre étude ne nous interdisait point de pénétrer plus avant dans l'examen des faillites personnelles des associés en nom : nous laissons cette tâche aux interprètes qui s'occupent des sociétés en nom collectif.

Pour la jurisprudence, dont les décisions nous paraissent judicieusement conformes aux idées que nous avons émises ci-dessus. Voy. : Cass. civ., 7 janvier 1873 (*Sir.* 1873, 1, 123) ; Paris, 18 juillet 1870 (*Sir.* 1870, 2, 243) ; Cass. req., 26 avril 1869 et la note (*Sir.* 1870, 1, 113) ; Alger, 2 octobre 1867 (*Sir.* 1868, 2, 19) ; Colmar, 25 mai 1855 (*Sir.* 1856, 2, 144) ; Paris, 19 août 1844 (*Sir.* 1844, 2, 616). Il nous a semblé que ces différents arrêts étaient, relativement aux formes du concordat, conçus dans l'esprit de notre système.

SECTION TROISIÈME.

Du Concordat par abandon d'Actif.

Nous n'avons que fort peu d'observations à présenter sur cette troisième solution possible de la faillite.

On sait en quoi elle consiste. (V. art. 541 C. Com., modifié par L. du 17 juillet 1856). Nous rappellerons simplement qu'on a pu en dire qu'elle avait un caractère mixte, tenant à la fois du concordat simple par la remise de dette qu'elle comporte, et de l'union par le mode de liquidation des biens.

A l'égard des sociétés, la question se pose de savoir si cette sorte de concordat est possible. La difficulté est sérieuse, car on sait que, sans capital, une société se trouve, en droit, aussi complètement abattue qu'en fait : l'art. 1865 C. Civ. indique en effet que la société finit « *par l'extinction de la chose.* »

La Cour de Paris, par un arrêt du 12 juillet 1869 (*Sir.* 1871, 2, 233), a décidé qu'une société anonyme peut, comme toute autre société commerciale, être mise en faillite et obtenir un concordat, *même par abandon d'actif*. Cette formule indique bien

que la solution à laquelle se rallie la Cour présente quelques difficultés. L'arrêt va même plus loin : il enseigne que, dans ce cas, la société n'est pas dissoute, et qu'elle continue à être représentée dans les opérations de la faillite, par ses administrateurs en exercice. Notons, en outre, que dans l'espèce il s'agissait de prononcer la nullité du concordat par abandon d'actif consenti à une société anonyme : la Cour d'appel y consent, mais elle indique que sa décision n'est pas une décision de principe, que les principes sont au contraire en faveur de la validité de cette sorte de concordat, et que dans l'espèce ce qui l'a vicié, ce sont les circonstances particulières de la cause. Il s'agissait, en effet, pour elle, d'approuver un concordat de cette nature, qui transportait l'actif social dans une société nouvelle devant poursuivre le même objet que la première, ce qui était jugé contraire à 541, 3^e, C. Com.

M. Lyon-Caen, dans une note insérée sous cet arrêt, conteste très-vivement la valeur juridique des principes proclamés en droit par la Cour de Paris. La nature de la société s'oppose, selon lui, à ce qu'elle puisse obtenir un concordat par abandon d'actif.

Nous faisons toutes nos réserves sur cette opinion. Il nous paraît, en effet, qu'en principe cette solution de la faillite doit être reconnue licite.

On a dit que le concordat par abandon d'actif entraînait forcément la dissolution de la société : nous avons précédemment admis qu'une société dissoute pouvait parfaitement, en cas de faillite, obtenir un concordat. Cette objection est donc sans portée, d'après nous.

Mais il convient cependant d'observer que le concordat par abandon d'actif n'emporte pas nécessairement la conséquence de la dissolution de la société : il est possible en effet que ce concordat ne se forme que moyennant l'abandon *partiel* de l'actif du failli, et, dans ce cas, la société ne serait point dissoute de plein droit, le surplus de l'actif lui constituant un capital à exploiter.

En pratique, cette sorte de concordat pourra être fort utile aux intéressés, si il est convenu que l'actif abandonné ne

comprend que l'actif réalisé : les actionnaires y trouveront en effet la libération de leur dette envers la société, en tant du moins que cette dette ne concerne que l'acquit du passif social. Dans ce cas, la société pourra parfaitement reprendre son existence normale, par un appel de fonds adressé à ses actionnaires, et même promettre à ses créanciers un dividende supplémentaire. Pourquoi interdire aux sociétés cette issue bienfaisante ?

Il convient cependant de constater que si ledit concordat implique abandon de l'actif total de la société, il entraînera, comme conséquence de fait nécessaire, la disparition de la société elle-même, puisqu'il ne restera plus à celle-ci aucun capital. Et cependant même dans ce cas, nous considérons le contrat lui-même comme valable. En droit, l'actif abandonné ne cesse pas d'appartenir à la société elle-même et ce ne sera que postérieurement à l'homologation du concordat, lorsque cet actif aura été entièrement réalisé et réparti que le capital social apparaîtra comme absorbé ! La société n'est donc pas éteinte *ipso jure* par le concordat dont s'agit. Il n'est même pas sûr, en principe, qu'elle ne revienne pas à meilleure fortune, puisqu'elle continue de vivre. Nous approuvons donc l'arrêt précité et la doctrine qu'il proclame.

Tout ce qui précède vise les sociétés anonymes et s'applique aussi aux sociétés en commandite.

La société en commandite par actions pourra donc elle aussi obtenir un concordat par abandon d'actif.

Un arrêt de la Cour de Paris du 25 mars 1858 (Sirey 1859. 2. 248) a été rendu dans une espèce assez curieuse. Les créanciers, dans cette espèce, ont consenti à abandonner tout l'actif social à l'un des membres de la société, comme condition de son obligation de leur payer des dividendes. Moyennant *cette sorte d'abandon* de l'actif social, tous les associés solidaires ayant obtenu leurs concordats séparés, les opérations de la faillite sociale elle-même se trouvaient terminées. La combinaison, qui était ingénieuse, a été reconnue valable, la Cour ayant considéré que l'art. 531, 2^e n'était écrit que dans l'intérêt des associés, et que cette disposition légale n'était pas

applicable au cas où tous les associés obtiennent leur concordat.

Rien de particulier à noter sur le concordat par abandon d'actif consenti aux associés solidaires eux-mêmes.

APPENDICE I.

De la clôture pour insuffisance d'actif.

La clôture pour insuffisance d'actif n'a d'autre effet, on le sait, que de faire rentrer les créanciers dans l'exercice de leur droit de poursuite individuelle contre les biens du failli ; mais le jugement de clôture ne met pas fin à la faillite elle-même, non plus qu'aux fonctions des syndics. Remarquons enfin que quand des créanciers usant de leur droit de poursuite individuelle sont parvenus à se faire payer sur le prix de biens du failli saisis et vendus, les créanciers ainsi payés doivent partager ce qu'ils ont reçu avec les autres créanciers, de manière à ce que chacun ait un dividende dans les sommes touchées. (*Sic* Lyon-Caen et Renault, t. II. n° 2987 et la note 5).

Les quelques lignes qui précèdent suffisent très bien à montrer quelle sera l'influence du jugement prononçant la clôture pour insuffisance d'actif de la faillite d'une société par actions. Ce jugement ne touche nullement au fond du droit ; il ne fait que constater un fait matériel brutal, il n'a que l'unique effet ci-dessus indiqué.

C'est donc en vain qu'on soutiendrait ici encore que ce jugement entraîne nécessairement la dissolution de la société. Celle-ci subsiste au contraire, et ses représentants légaux pourront et devront continuer à veiller sur elle.

APPENDICE II.

De la Réhabilitation.

La réhabilitation est, on le sait, l'effacement complet de la faillite : elle constitue le seul moyen de faire disparaître les incapacités encourues par le failli.

Ces incapacités sont attachées à la personne même du failli : la société, être moral, en est-elle frappée ? Il suffit d'en lire une simple énumération (Voy. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3102) pour acquérir cette conviction que lesdites incapacités ne visent que les droits des citoyens. Cependant il en est deux, selon nous, dont les sociétés peuvent supporter l'atteinte. L'une, la plus importante, est celle qui résulte du décret du 16 janvier 1808, art. 50, d'après laquelle la signature du failli n'est pas admise à l'escompte de la Banque de France. L'autre nous paraît découler par voie de conséquence de la loi du 8 décembre 1883, relative à l'élection des membres des tribunaux de commerce : nous pensons que les directeurs des compagnies françaises anonymes admis à ce titre par cette loi comme électeurs des juges consulaires devraient être exclus s'il s'agissait d'une société faillie, à raison de la déchéance dont est frappée la société qu'ils représentent aux élections.

Pour effacer ces deux uniques incapacités, faut-il admettre la société elle-même à poursuivre sa propre réhabilitation ?

La loi est muette sur ce point : l'art. 604, 2^o, ne vise en effet que les associés en nom, et ne parle point de la société elle-même.

Nous pensons, quant à nous, qu'en cette matière il convient de se montrer très-large, et qu'il y a lieu d'admettre l'affirmative.

Certes, la société faillie sera moins intéressée que les citoyens ordinaires à être réhabilitée ; mais enfin nous avons indiqué deux intérêts spéciaux nettement définis en droit, qui, en dehors même de l'intérêt moral et d'honneur si important pour son crédit, nous paraissent suffisants.

Telle est notre solution de principe. Hâtons-nous d'ajouter, cependant, qu'en pratique la difficulté sera ici très-grande, car il faudra certes obtenir des actionnaires une autorisation que ceux-ci ne consentiront, selon nous, qu'avec la plus grande difficulté, en présence de la jurisprudence qui considère les faillis réhabilités comme obligés, en vertu de l'arrêt de réhabilitation, à payer la portion de leurs dettes dont ils ont été libérés par le concordat. (Voy. Cass., 20 mai 1845, *Sir.* 1846, 1, 359.)

Pour les commandites par actions, ce qui précède s'appliquera sans difficultés à la société elle-même. Nous pensons que si la société a obtenu un arrêt de réhabilitation, les associés en nom ne sauraient être admis à s'en prévaloir eux-mêmes personnellement. Ici, comme dans l'hypothèse du concordat, la loi fait échec au principe de l'indivisibilité dont il a été si souvent parlé au cours de ce travail.

Nous sommes ainsi amené à fournir l'interprétation de l'art. 604, 2^o : « Le failli ne pourra l'obtenir (sa réhabilitation) « s'il est l'associé d'une maison de commerce tombée en faillite, « qu'après avoir justifié que toutes les dettes de la société ont « été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, « lors même qu'un concordat particulier lui aurait été con-
« senti. »

Cette disposition légale est bien conforme au système qui considère le concordat comme effacé lui-même par l'arrêt de réhabilitation ; en tous cas, peut-on dire au moins qu'elle n'est que la juste application à un cas particulier des règles générales de la matière. M. Bédarride (t. III, n^o 1313, p. 385) rapporte que ce texte n'a été admis cependant qu'après une vive discussion. La commission de la Chambre des Pairs, par l'organe de M. Tripier, son rapporteur, en demandait même le rejet. Il ne fut admis que parce que, comme avait dit le rapporteur de la loi, M. Quenault, devant la Chambre des Députés, « la dette sociale est la dette personnelle de chaque associé. »

Notons enfin que l'associé dont s'agit doit, en outre, avoir remboursé à ses coassociés eux-mêmes les avances par eux faites : il doit les désintéresser dans les proportions établies par les art. 1213 et 1214 du C. Civil. (Voy. Bédarride, *op. cit.*, n^o 1314 ; Esnault, *des faill. et des banqueroutes*, t. III, n^o 729, en note.)

Nous en avons ainsi fini avec la première partie — la plus importante du reste — de ce travail. L'évolution normale de la faillite de toute société par actions se trouvant décrite et expliquée par les principes du droit, il convient d'envisager les

difficultés d'un caractère spécial, que la pratique révèle et soulève le plus habituellement. Cette division nous a toujours paru nécessaire, dans un sujet où les problèmes se multiplient comme à plaisir.

DEUXIÈME PARTIE.

QUESTIONS DIVERSES.

Nous nous proposons d'examiner, dans cette deuxième partie, en trois chapitres différents, d'abord la comparaison qui doit être établie entre la liquidation et la faillite des sociétés par actions; nous étudierons ensuite la faillite des sociétés nulles et des sociétés de fait, — et enfin la faillite des sociétés étrangères.

Sur ces différents points, nos explications seront abrégées autant que possible, — mais nous ne pouvions les laisser en en dehors de notre examen sans encourir le juste reproche d'avoir écarté des questions d'un intérêt pratique considérable.

Nous terminons par un aperçu rapide sur le projet de loi visant l'organisation d'un régime de *liquidation judiciaire*, comme moyen d'éviter la faillite des commerçants qui suspendent leurs paiements.

CHAPITRE PREMIER.

Liquidation et faillite.

La faillite des sociétés n'est, on l'a vu, que l'application naturelle du droit commun aux sociétés : elle ne saurait sous aucun point de vue passer, dans notre droit, pour une institution anormale particulière. Au contraire, la liquidation des sociétés constitue une véritable particularité de notre matière ; elle n'est point une conséquence naturellement dérivée des règles ordinaires du droit. Aussi son origine est-elle, en somme, tout à fait récente.

Une société est dissoute ; comment va s'effectuer la liquidation de son actif et l'acquittement du passif ?

Dans les anciens monuments du droit commercial, la fonction des liquidateurs est complètement passée sous silence. Il paraît bien probable, comme l'enseigne Frémery (Voy. *Etudes de dr. comm.*, p. 68) que l'usage de confier la liquidation de la société soit à l'un seulement des associés, soit à un tiers, ne s'est introduit et répandu dans le commerce qu'au siècle dernier. Savary, en effet, le plus spécial d'entre nos anciens auteurs (Voy. Bédarride : des Sociétés, t. III, n° 586 et s.) des siècles précédents, proposant des formules d'actes de société, n'y insère point la clause que la liquidation sera confiée à un seul des associés. Comment admettre cependant qu'un praticien aussi avisé eût laissé dans le silence cette combinaison si ingénieuse pour les intérêts de tous. Sa longue expérience l'aurait, sans aucun doute, préservé d'un pareil oubli, si l'usage en eût déjà été connu. Il nous apprend, au contraire, que de son temps, *dès que la société était dissoute, on faisait inventaire et les dettes payées on partageait en nature les marchandises restantes, on tirait au sort les créances divisées en lots, sans aucun recours ensuite de l'un contre l'autre, quel qu'en fût le sort* (2^e part., liv. I. ch. II, p. 389 à 401). Pothier

du reste atteste également cette pratique, et il nous apprend en outre qu'à partir de la dissolution tous les actes qui intervenaient dans l'intérêt réciproque des anciens associés étaient faits en leur nom personnel.

Ce système n'était que la conséquence logique du principe que la dissolution anéantit la société, principe que l'on considérait comme ne pouvant comporter aucune exception. Comme le fait ingénieusement remarquer M. Bédarride (*loc. cit.*) ces déductions étaient si logiques qu'on n'a pu substituer la liquidation au partage que « par une fiction en faveur de « laquelle la société morte à toute idée de spéculation nouvelle « survit à sa dissolution pour tout ce qui a été fait jusque-là. « La personne civile incapable de rien entreprendre à l'avenir, « reste dans tous ses droits pour le règlement du passé. » Ainsi la société est éteinte comme société agissant et faisant des opérations de commerce, mais cependant on se trouve pour tout ce qui concerne les intérêts communs à liquider non en présence d'une indivision et de copropriétaires, mais en présence de la société.

Le tribunal et le conseil de commerce de Lyon, consultés sur le projet du code de commerce, proposèrent de convertir en loi cet usage dès lors universellement admis et pratiqué, et de lui consacrer un titre spécial; mais la commission de révision rejeta cette idée par cette considération de peu d'utilité, que dans le silence de l'acte de société « la liquidation n'appartient de droit à aucun en particulier, qu'elle est la propriété de tous ». Cependant, en adoptant l'art. 64 tel qu'il existe actuellement au Code de Com., le législateur a implicitement donné sa consécration à cet usage du commerce, mais sans le considérer comme nécessaire et indispensable : de sorte que pour apprécier les pouvoirs des liquidateurs et les conditions de la liquidation d'une société, il faut se reporter à l'examen de la convention sociale elle-même, et aussi à celui de l'acte qui a investi lesdits liquidateurs. La dissolution, en effet, ne s'opère le plus souvent que par la volonté des associés; il est tout naturel dès lors de reconnaître qu'ils sont maîtres de rompre une partie seulement des liens qui les unissent, et nous n'hésitons pas, quant à nous, à sous-

crire à cette formule théorique de Frémery : *On peut n'arriver que par degrés à une complète dissolution.*

Lorsque la dissolution est judiciaire et forcée, c'est aux tribunaux qu'il appartient, d'après l'usage, de remplacer les associés pour déterminer, d'après les circonstances et les nécessités de l'affaire, en se conformant aux prescriptions statutaires, les conditions de la liquidation et pour délimiter les fonctions des liquidateurs.

Toutes les considérations historiques et générales qui précèdent nous permettent déjà de faire ressortir les deux différences les plus importantes à signaler entre la liquidation et la faillite. La première, c'est que, si la société est dissoute et pourvue d'un liquidateur, son existence commerciale et agissante se trouve éteinte, il ne lui reste plus qu'une fiction d'existence pour clore les opérations du passé : au contraire, si elle est en faillite, la vie subsiste en elle, quoique arrêtée pour le moment, elle n'est que paralysée et ne subit qu'une suspension. Elle pourra ultérieurement reprendre son évolution.

La seconde différence à déduire de ces préliminaires, c'est que, si la faillite est un régime légal dont toutes les parties sont nécessairement déterminées et imposées à tous et à chacun, la liquidation, au contraire, est un régime conventionnel, façonné par la main plus ou moins habile des associés eux-mêmes, et, par conséquent, moins susceptible que le premier de faire l'objet d'une théorie et d'un système.

Nous n'avons donc pas à entreprendre ce travail d'ensemble. Il nous suffira, pour répondre au but que nous avons assigné à cette deuxième partie de notre étude, d'indiquer certaines solutions puisées dans la jurisprudence, desquelles il sera utile et intéressant de rapprocher ce qui a été précédemment écrit pour la faillite. On verra, chemin faisant, que la plupart des nuances à noter, ou même des distinctions à enregistrer proviennent, par voie de conséquence, des différences de principes ci-dessus indiquées ; et nous sommes dès maintenant autorisé à repousser comme absolument contraire à tout ce qui précède, la théorie aujourd'hui universellement rejetée d'après laquelle, pour les sociétés par actions, la faillite est sans objet et sans

utilité, puisque l'institution de la liquidation en tient lieu. Dans ce système un peu primitif, la faillite n'aurait avec la liquidation d'autre différence que celle résultant des incapacités spéciales attachées à l'état de faillite, et de l'organisation du délit spécial de banqueroute, toutes dispositions légales que la nature même des sociétés rendrait inapplicables.

L'art. 64 C. Com., avons-nous dit, fait mention des liquidateurs, et on a longuement disserté sur la portée et l'esprit de cette disposition de loi. C'est ainsi, notamment, qu'entre les auteurs il y a désaccord sur le point de savoir si les actionnaires ou les commanditaires peuvent se prévaloir de cette prescription. La jurisprudence se prononce en faveur de l'affirmative (Voy. Boistel, n° 390, et Cass., 24 nov. 1845. Sir. 46. 1. 134.), qui est repoussée très-vivement par MM. Lyon-Caen et Renault (t. I, p. 312, n° 581.) Quelle que soit l'opinion à laquelle on se range, il nous paraît certain que l'art. 64 et la prescription quinquennale sont inapplicables, en cas de faillite. Nul ne contestera cette proposition, lorsque la société faillie ne sera point dissoute, car le texte de l'article est resté en dehors de cette hypothèse. Nous pensons que, si la société est pourvue d'un liquidateur, cette prescription ne court point davantage contre lui, parce que l'action ne lui appartient pas, ou mieux parce que la déclaration de faillite constitue un obstacle de droit à ce qu'il intente l'action contre les associés non liquidateurs : c'est bien le cas d'appliquer la maxime : *Agere non valenti, non currit præscriptio*. Ce n'est qu'après le concordat que cette prescription spéciale et exceptionnelle pourra courir. Cela, du reste, a été reconnu dans la discussion législative de cet article : « S'il y a faillite, disait M. Sigur, l'article cesse d'être applicable. » (Voy. Locré, t. XVII, p. 277.) Du reste, comme le fait observer Bédarride (t. III, n° 667, p. 381 et s.), l'art. 64 C. Com. repose sur une sorte de présomption de la solvabilité de la liquidation : or, en cas de faillite, cette présomption ne peut point subsister.

M. Bédarride a essayé d'indiquer entre la liquidation et la faillite des sociétés une différence qui ne saurait être admise, selon nous. « L'état de liquidation, écrit-il, suppose que l'actif

« suffit pour solder le passif. Tous les créanciers seront, dès lors, « satisfaits. Si le contraire se réalisait, une déclaration de « faillite confierait l'administration à des syndics et créerait « l'action directe des créanciers pour contraindre les associés « au paiement de leurs mises. » Nous avons repoussé cette idée d'une action directe des créanciers, en cas de faillite : il n'y a pas lieu de revenir ici sur la discussion que nous en avons présentée précédemment.

Nous avons ci-dessus montré que les liquidateurs puisent leurs pouvoirs non dans la loi elle-même, mais dans l'acte qui les investit de leur mission. A la différence des syndics qui ne représentent que les créanciers, les liquidateurs sont les mandataires de la société. Ils tiennent en effet leurs pouvoirs des associés eux-mêmes, et, lorsqu'ils ont été nommés par jugement, ils n'en sont pas moins considérés comme représentant ceux-ci. C'est dire que les liquidateurs, à ce titre, pourront agir dans l'intérêt des associés, — tandis que les syndics ne peuvent exercer que les droits de la masse. Cela est très important à noter en principe, et permet d'avoir quelque intelligence de certains arrêts, en apparence contraires, et dans le fond nettement conformes à la réalité juridique.

Il convient sur ce point de se reporter à la note publiée par M. Labbé, sous. Cass. 20 octobre 1886 (Sir. 1887, 1, 49), et aux développements que nous avons déjà fournis dans la première partie. On verra que c'est par cette saine appréciation de l'origine et de l'étendue des pouvoirs des liquidateurs, qu'on a pu admettre ceux-ci à agir contre les actionnaires en versement du capital social, alors même que ce versement ne serait point nécessaire pour solder le passif. Les fonds remis aux liquidateurs ayant une destination absolument conforme à l'intérêt social, dont ceux-ci sont les représentants autorisés, l'actionnaire doit exécuter intégralement l'engagement social : à l'égard des syndics, il ne doit selon nous que ce qui est nécessaire, et démontré tel, pour le paiement des créanciers de la société. Cette différence devra toujours être présente à l'esprit, pour la lecture des arrêts.

Il conviendra toujours également, du reste, de tenir grand

compte des termes soit des statuts, soit de l'acte constitutif du mandat conféré aux liquidateurs, — car en cette matière, toute d'interprétation de la volonté des parties, les solutions devront varier avec les espèces. Pour les faillites au contraire, la loi est unique, et les solutions devraient être uniformes.

Nous n'hésitons pas à présenter comme une conséquence de ces prémisses, la décision d'un arrêt rendu par la chambre civile le 9 août 1869 (Sir. 1870, 1, 25), d'après laquelle les remises consenties au nom de la société par les liquidateurs aux associés, ne sont pas opposables par ceux-ci aux créanciers, non plus que les annulations de souscriptions. (Voy. également Sir. 1842, 1, 417).

De même il a été jugé par un arrêt de la Cour de Lyon du 27 mai 1859 (Sir. 1860, 2, 16) que le liquidateur judiciaire de la société, qui représente les associés et non les tiers, est non recevable à exercer contre le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société l'action en déclaration de solidarité. (Sic. Pardessus, n° 1038). Cette décision est en parfaite conformité avec ce qui a été dit. (Voy. également Cour de Paris, 14 juin 1888, la loi des 15, 16 et 17 juillet 1888).

Ces différentes solutions seraient sans application à la faillite des sociétés. Il est même permis de supposer que, dans certaines hypothèses, les pouvoirs des liquidateurs se rapprocheront, par la volonté même des associés, de ceux dévolus par la loi aux syndics. On lira avec intérêt, sur ce point, les arrêts suivants : Cass. req. 18 février 1874 (Sir. 1874, 7, 216) Douai, 23 mars 1878 (Sir. 1878, 2, 305), et Lyon 11 juillet 1873 (Sir. 1874, 2, 73).

Nous devons nous préoccuper du cas où la société est à la fois pourvue de liquidateurs et de syndics. Il faut pour cela que la faillite de la société ait été prononcée : nous ne rappellerons que des solutions déjà admises au cours de ce travail, en disant que les liquidateurs occuperont, dans la faillite, pour le failli lui-même, et qu'en outre ils pourront, selon nous, et devront même préparer, s'il y a lieu, l'obtention d'un concordat. Ainsi réglé, le concours des syndics et des liquidateurs ne

donnera pas lieu à difficultés, la mission de chacun étant très-nettement séparée.

Il nous suffira sur ce point d'indiquer certaines espèces qui ont donné lieu à des décisions judiciaires bien conformes à notre manière de voir : C'est ainsi qu'un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 29 décembre 1838 (Sir. 1839, 2, 347) décide que la société faillie doit être appelée, dans la personne de ses gérants ou de son liquidateur, si elle a été antérieurement dissoute, à l'assemblée générale des créanciers convoqués par les syndics provisoires : il ne pourrait être passé outre à la formation et l'union, avant que le liquidateur n'eût été appelé et entendu. C'est en vain que, dans l'espèce, on disait que la faillite avait dépouillé les liquidateurs de tout pouvoir.

Le même arrêt du 21 janvier 1874 (Sir. 74. 1. 312) porte que les liquidateurs nommés avant la déclaration de faillite peuvent être reçus parties intervenantes dans une instance concernant la faillite, comme le pourrait le failli lui-même. Au contraire, ils doivent être mis hors de cause, lorsque celui-ci n'aurait pas de motif sérieux pour intervenir. (Voy. 443, al. 4, C. Com. et Paris 19 février 1885 ; *Revue des Sociétés*, 85, p. 472 et les renvois.)

Tels sont les points sur lesquels il nous a paru bon d'indiquer les différences pratiques qui séparent la faillite de la liquidation : ce serait sortir de notre sujet que d'insister sur ce parallèle.

CHAPITRE SECOND.

De la Faillite des Sociétés nulles.

Dès qu'une société, après de mauvaises affaires, est déclarée en faillite, et pourvue de syndics, ceux-ci se préoccupent de réaliser le plus gros actif possible. Aussi s'ingénient-ils à trouver des éléments de poursuite contre tous et contre chacun.

Nous avons déjà montré combien la faillite des sociétés est fertile et touffue en procès de toute sorte. L'examen complet des difficultés habituellement soulevées fournirait une tâche sans fin, et c'est bien ici l'occasion de rappeler cette sage et judicieuse proposition de Merlin, que « la science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables. » Cependant, il convient de remarquer que nous n'avons pas encore abordé le sujet sur lequel s'exerce le plus souvent et avec le plus d'entrain la verve processive des syndics. Nous voulons parler de la nullité, et l'on peut dire qu'elle leur offre un thème à inépuisables variations.

Il est constant, en effet, que chaque faillite de société amène un fort contingent de procès en nullité. Puisant dans les prescriptions impératives et pourtant si minutieuses de la loi de 1867 des droits assez difficiles à préciser, les syndics n'hésitent pas à demander toujours aux tribunaux de prononcer la nullité de la société à la faillite de laquelle ils sont préposés. Il n'est même pas rare, dans la pratique, que ce ne soit qu'un procédé tendant à mettre à couvert leur propre responsabilité. Ces procès sont en quelque sorte entrés dans les mœurs judiciaires.

Nous n'avons pas ici à présenter la théorie de la nullité des sociétés. Notre mission consistera uniquement à la combiner avec les nécessités spéciales du régime légal de la faillite.

A ce point de vue particulier, nous devons — pour plus de

clarté — nous occuper en premier lieu des nullités dérivant des principes généraux du contrat de société, pour aborder ensuite le terrain beaucoup plus important des nullités édictées par la loi du 24 juillet 1867.

Nous pensons, quant à nous, que pour qu'une société puisse être mise en faillite, il faut qu'elle constitue une personne morale, qui sera *le failli* : une simple indivision, pour cette raison même, ne peut pas être frappée de faillite : il y a unanimité sur ce point entre les auteurs. C'est pourquoi il nous paraît nécessaire de décider de même lorsque nous nous trouvons en présence d'une société privée de l'un des éléments essentiels contenus dans la définition légale du contrat lui-même (C. Civ. 1832). Cela seul nous dispense de pénétrer dans l'étude des difficultés qui peuvent surgir, du chef de cette société sans existence, entre les associés et les créanciers de la prétendue société. Les principes de la faillite sont ici sans aucune application possible.

La même solution s'impose encore, selon nous, lorsqu'on est en présence d'une société dont la nullité est prononcée à raison du caractère illicite de son objet (art. 1833 C. Civ.), par exemple d'une société formée pour l'exploitation d'un office autre, depuis la loi du 2 juillet 1862, qu'une charge d'agent de change.

Dans ces différents cas, une déclaration de faillite ne pourrait frapper que les individus ayant trafiqué sous le couvert de la société nulle. Quant à celle-ci, elle ne saurait être considérée comme ayant jamais formé une personne morale.

Mais nous apercevons ici une objection, puisée selon nous dans de vaines analogies, et dans les plus contestables considérations d'équité et de morale.

Cette société, nous dira-t-on, est nulle évidemment puisque la loi l'a ainsi voulu. Mais ce n'est pas le lieu d'appliquer l'adage : « quod nullum est, nullum producit effectum ». En matière de sociétés il faut toujours distinguer les tiers des associés, et ne point permettre à ceux-ci et à ceux-là aveuglément d'user également des prescriptions édictant des nullités. Celles-ci en effet ne sont à la disposition des associés

qu'à la condition de n'être point par eux opposées aux tiers créanciers. Il y aurait ainsi deux catégories d'intéressés, dont l'une serait en quelque sorte subordonnée à l'autre. C'est du reste la solution admise par le législateur pour les nullités qui résultent de vices dans la constitution, et du défaut de publication; cette solution, de plus, est absolument juste et équitable puisqu'elle a pour effet d'abandonner les seuls coupables, c'est-à-dire les associés, aux conséquences de leur faute, et de ne point leur sacrifier les créanciers, qui ne sont point auteurs de la nullité.

Cette argumentation est sans base rationnelle. Mais si on l'admettait en cette matière, il faudrait décider que la nullité ne pourrait pas être opposée aux créanciers par les actionnaires, et que à l'encontre de ceux-ci la faillite de la société pourrait être valablement prononcée à la requête des créanciers.

Les dispositions relatives à la sanction des nullités établies par la loi de 1867 sont absolument spéciales, et il n'est point permis selon nous de les étendre, contrairement au droit commun, aux autres vices dont le contrat peut être entaché. Il s'agit ici de sociétés qui manquaient de l'un des éléments essentiels à l'existence de toute société, et dont l'absence est irréparable : sur quel fondement les créanciers voudraient-ils diviser cette situation ? Ajoutons que ce serait leur faire un bien mince cadeau, que de leur accorder un droit qui leur enlèverait, sans doute, celui de poursuivre la mise en faillite personnelle de ceux des associés qui auraient fait les opérations.

Nous pensons donc que, dans ces sortes d'hypothèses, les créanciers ne se trouvent qu'en présence d'individus non unis par le lien d'une société, et que, par suite, leur droit se résume, au point de vue de la faillite, à faire prononcer celle des personnes avec qui ils ont contracté. Les opérations commerciales, en effet, qui ont donné naissance à des dettes dont le paiement est réclamé, n'appartenant point à *une société*, devront être, selon les circonstances de fait, ou laissées pour compte aux prétendus créanciers, ou attribuées soit à l'un seulement, soit à tous ou à plusieurs des associés. Aux juges il

appartiendra de statuer à leur égard; mais la décision ne saurait donner lieu à cassation pour violation des règles de droit relatives aux sociétés, puisqu'ici il n'y a point de société.

Ajoutons enfin que, dans cette matière, ce sera à la bonne foi des parties que le juge devra s'en référer, tant pour déterminer quels sont ceux des associés de fait sur qui la faillite doit frapper, comme conséquence des opérations faites par eux ou en leur nom, — que pour décider du sort des mises versées. C'est ainsi que pour ces mises, si celui qui les a reçues (par ex. le titulaire de l'office), est mis en faillite, les actionnaires de bonne foi pourront être considérés comme créanciers et viendront en concurrence avec les créanciers personnels, au nombre desquels figurent les créanciers de la société annulée (*Sic.* Bédarride, n° 26; Dalloz, *v° société*, n° 176; Vavasseur, t. I, n° 42). Dans ce cas, les actionnaires n'auront, comme le dit Vavasseur, « à subir aucune déduction pour leur part dans les pertes, car ils ne peuvent être à la fois créanciers et associés. »

M. Pont (n° 50) ne parle pas de la faillite, mais il envisage l'espèce où il s'agit d'opposer aux tiers la nullité de la société. Après avoir repoussé, comme nous, l'opinion qui accorde aux créanciers une situation préférable à celle des associés, relativement au droit de profiter de cette nullité, il établit une distinction *d'un caractère tout pratique*, qui nous paraît pleinement conforme aux principes que nous adoptons. S'il s'agit d'une société dont l'objet et la fin soient illicites (comme une société de contrebande), mais d'un créancier qui a traité avec elle pour une opération étrangère à cet objet, « les parties seront inadmissibles à se prévaloir de la nullité contre le tiers, *au moins pour écarter l'effet de l'acte.* » C'est dire, selon nous, que la bonne foi doit être ici l'unique régulateur du juge, pour apprécier, en l'absence d'une société valable, les conséquences des contrats intervenus. Mais, d'après le savant jurisconsulte, si l'opération se rapporte à l'objet illicite lui-même de la société, de telle sorte qu'il ait dû savoir qu'elle ne devait point être faite par des associés, les parties elles-mêmes, c'est-à-dire les associés, seront en droit de refuser tout effet à la

convention. Cette solution est également dictée par l'application des règles de l'équité et de la bonne foi. En conséquence, dans le premier cas chacun des associés pourrait être déclaré en faillite personnellement, s'il était commerçant et en état de cessation de paiements, à la requête du créancier; dans le second cas, au contraire, ils seraient à l'abri, et peut-être même celui d'entre-eux qui a traité en personne pourrait-il, suivant les circonstances, demander et obtenir la nullité du contrat intervenu avec le tiers. Ce sont affaires d'espèces : mais les principes concernant les sociétés sont hors de cause.

Au point de vue de la jurisprudence, nous nous contenterons de faire observer qu'elle reconnaît aux associés aussi bien qu'aux créanciers, et sans différence, le droit de se prévaloir de la nullité de la société dans les cas dont s'agit (Voy. notamment un arrêt célèbre de la Cour de Lyon, 28 février 1853. *Sirey* 1853. 2. 383), qui pose nettement le principe, si toutefois il ne donne pas une décision à l'abri de toute critique. (Voy. en outre *Sir.* 1865. 1. 110). »

Il est assez rare que les syndics cherchent, dans la voie que nous venons de sonder, un prononcé de nullité. La raison en est toute naturelle, c'est que le gain du procès rendrait immédiatement sans objet le jugement qui a déclaré en faillite une société inexistante, et que par suite il ne subsisterait plus pour les créanciers que des actions individuelles d'un exercice difficile et incertain. Ils s'attaquent de préférence à la deuxième espèce de nullités, à celles qui dérivent de la loi spéciale, lesquelles n'ont point cet inconvénient.

L'article 7 de la loi de 1867 est ainsi conçu : « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions, constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi.

« Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. »

Ce texte ne vise que les commandites par actions; mais l'article 41 de la même loi contient la même prescription à l'égard des sociétés anonymes. Il est conçu dans les termes suivants : « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés

« toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées
« les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25 ci-dessus. »

A la différence du précédent, ce texte n'indique pas formellement que les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers, « mais il est constant que cette restriction, qui figurait dans le texte primitif de l'art. 41, n'a disparu que par suite d'un oubli. » (Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 470; Rataud à son cours.) Il faut donc reconnaître le même caractère et les mêmes effets aux nullités édictées par ces deux articles.

Ainsi, les tiers ont le droit d'invoquer la nullité, comme aussi de n'en pas tenir compte : mais les associés ne peuvent pas s'en prévaloir contre eux. Il y a donc, au profit des premiers, une situation absolument privilégiée.

Enfin, l'art. 56 de la même loi édicte la même sanction, et dans les mêmes conditions, pour violation des dispositions prescrites pour la publication des actes de société, et l'art. 61 renvoie à l'art. 56 pour la publication de certaines délibérations prises dans le cours de la société.

Nous ferons remarquer que les créanciers personnels des associés, ayant par rapport à ceux-ci la qualité de tiers, ne sont pas exclus du droit d'opposer cette nullité aux créanciers sociaux (*Sic* Boistel, n° 894; Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 311 et t. II, n° 3133, et Cass. req. 13 février 1855, Dall. 1855, 1, 308.)

Ces préliminaires posés, nous n'avons pas à indiquer les causes de nullité, ni tous les effets que celle-ci est susceptible de produire. Il convient cependant de constater tout d'abord que pour les commandites par actions, l'art. 8 décide que les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant pour la société ou pour les tiers de l'annulation de la société. L'art. 42 est considéré par une jurisprudence à peu près constante comme plus sévère pour les fondateurs auxquels la nullité d'une société anonyme est imputable, et pour les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, en ce sens que la responsabilité édictée contre eux est illimitée en ce

qui concerne les tiers, et s'étend par conséquent à l'intégralité du passif et non point seulement, comme pour les commandites par actions, au dommage résultant de la nullité proprement dite.

On voit dès lors très-nettement quel est l'intérêt que poursuivent les syndics de sociétés par actions, quand ils demandent aux tribunaux de prononcer les nullités édictées par la loi de 1867.

Certes, ce droit rentre bien dans les attributions des syndics, car ceux-ci sont les représentants de la masse, et la masse est très-directement intéressée au bénéfice de cette action et des condamnations qu'elle peut entraîner. Mais nous n'hésitons pas à reproduire ici la théorie que nous avons précédemment admise, et d'après laquelle la nomination d'un syndic à la société ne peut pas avoir pour effet de dépouiller les créanciers sociaux de l'action directe qui leur appartient contre les administrateurs, lesquels sont pour eux des tiers distincts de la société faillie. Sur la manière dont nous concilions le droit des créanciers avec celui des syndics, nous renverrons donc à ce qui a été dit ci-dessus. (Voy. *supra*, p. 213 et 214.)

Mais la nullité de la société a aussi pour effet, semble-t-il, de rendre impossible toute déclaration de faillite. « Par cela même qu'elle est nulle, écrivent MM. Lyon-Caen et Renault, elle est réputée n'avoir jamais eu d'existence légale, et il ne saurait, en principe général, être question de la déclarer en faillite. » Nous avons sans hésitation déduit et accepté les conséquences logiques de cette proposition, pour les causes de nullité autres que celles dérivant de la loi de 1867 : faut-il décider autrement pour celles-ci ? Telle est la question à résoudre.

Un parti puissant a essayé de faire triompher ici une théorie, en apparence séduisante, dont le principal résultat pratique serait assurément de réduire beaucoup l'abus des nullités.

Les créanciers sociaux ne puiseraient, d'après cette opinion, dans les termes si formellement bienveillants pour eux de la loi, qu'un simple droit d'option. Ce droit une fois exercé, la situation juridique se trouverait nettement fixée. S'ils optent

pour la nullité, la société devra être considérée comme nulle, *ergà omnes*, à l'égard et au profit des associés aussi bien qu'au profit et à l'égard des créanciers. Que si, au contraire, ils acceptent le pacte social comme bon et valable, alors il ne saurait plus être question de nullité qu'en dehors d'eux, entre associés seulement. Il est juste, dit-on, que chacun accepte toutes les conséquences de la situation qu'il crée ou qu'il choisit : permettre de profiter des unes et de repousser les effets des autres, serait d'une absurde iniquité. Aussi, les actionnaires poursuivis par les syndics, après la déclaration de nullité obtenue par ceux-ci, pourraient-ils leur riposter : Une société nulle est inexistante, ne constitue point de personne morale, et par conséquent n'étant point susceptible d'être mise en faillite ne peut pas être représentée en justice ni ses créanciers non plus, par un syndic. C'est vous qui l'avez ainsi librement voulu : *patere legem quam ipse fecisti*.

M. Vavasseur, qui s'est fait l'ardent champion de ce système, le résume et en indique ainsi le résultat pratique : « Nous « soutenons, écrit-il, que le syndic, en faisant annuler la « société, en tuant l'être moral, s'est du même coup et bien « involontairement suicidé ! La faillite doit donc être rap- « portée.

« La demande en rapport de la faillite..... ne présente pas « d'ailleurs le caractère d'une opposition au jugement déclara- « tif de faillite et n'est pas frappée de la forclusion établie « par l'art. 580 du Code de Commerce. » (Vavasseur, t. I, n° 712 bis, p. 472.)

Le même auteur constate que, dans son système, les créanciers d'une société annulée ne vont pas, comme on pourrait le croire, se trouver sans garantie ; à défaut d'un syndic, ils pourront, en effet, en vertu de l'art. 1166 C. Civ., demander la nomination d'un liquidateur judiciaire si les actionnaires n'en prennent pas l'initiative, ou même faire nommer par justice un sequestre administrateur « qui leur donnerait la même sécurité qu'un syndic sans être astreint à toutes les formes rigoureuses de la procédure de faillite. »

Nous ne croyons pas devoir nous rallier à ce système. Il

nous semble en effet que le législateur n'a pas voulu accorder aux créanciers le droit d'option dont s'agit. Ils n'ont pas à choisir, d'après la loi : ils sont appelés par elle à profiter des effets attachés à la nullité, sans que le concours des associés puisse leur nuire. En disant que la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés, le législateur a visé, non les conditions d'exercice initial de l'action, mais l'émolument à en retirer. La meilleure preuve en est que les associés peuvent parfaitement demander la nullité, en l'absence des créanciers ; ceux-ci seraient même, selon nous, sans qualité pour intervenir au débat. C'est donc que l'exercice lui-même de l'action est indépendant du droit d'en profiter, lequel appartient dans toute sa plénitude aux créanciers sans qu'ils puissent redouter, ainsi la loi l'a décidé, aucune opposition des associés fondée sur cette même nullité.

Ce point étant admis, on doit décider que la faillite ne peut pas être rapportée, à la demande des associés, sur cette raison qu'il n'existerait pas d'être moral susceptible d'être mis en faillite ; une telle prétention constituerait en effet, pour les associés, un émolument de la nullité, et nous avons vu que la loi ne les a pas admis à profiter de cette dernière à l'encontre des créanciers.

Nous pensons qu'on peut également arriver à la même conclusion par une autre voie. La société étant annulée, il faut bien opérer la liquidation des droits de chacun : mais sur quelles bases se fera-t-elle ? La difficulté est grande.

Certains interprètes estiment que la nullité de la société entraîne comme une destruction complète du pacte social lui-même, et qu'il y a lieu pour régler les droits et obligations de chacun, de se rapporter au droit commun, et non point à la convention, laquelle doit être considérée comme inopérante. Cette rigueur nous paraît exagérée. Et nous estimons que la liquidation doit se rattacher aux statuts sociaux, abstraction faite bien entendu de ce qui, en eux, pourrait être vicié et contraire à la loi. Cette solution est seule conforme à l'équité, car il serait souverainement injuste de placer les associés dans une situation à laquelle il n'ont pas pu songer, et de les consi-

dérer par exemple comme responsables du passif non point jusqu'à concurrence de leurs apports, mais par tête.

La décision judiciaire qui prononce la nullité, laisse subsister selon nous la société pour le passé; elle équivaut, comme on l'a dit, à une véritable dissolution, et non point à l'anéantissement absolu du contrat tout entier. Telle était la solution adoptée pour l'art. 42 C. Com., relatif à la publicité des sociétés; la jurisprudence décidait qu'il n'y avait de nullité que pour l'avenir. Il en est de même pour la loi de 1867, car en 1867 comme en 1856 il a été déclaré qu'on entendait appliquer à notre nullité les règles qui régissaient la nullité pour défaut de publicité. Du reste, ce respect du contrat conduit seul à un résultat conforme à la volonté des parties, et permet, en décidant notamment que les commanditaires ou actionnaires ne sont point solidairement responsables, de ne point dénaturer la société, sous le prétexte qu'elle est nulle (*Sic.*, Cass. req. 28 février 1859, Sir., 1860. I, 157).

S'il en est ainsi, si la nullité équivaut au point de vue de la société elle-même à la dissolution, pourquoi la faillite qui, on l'a vu, peut être prononcée postérieurement au jugement qui a dissout une société, serait-elle impossible pour la société annulée en vertu des dispositions de la loi de 1867 ! Nous n'en voyons pas de raison pour notre part, d'autant moins même que nullité ici ne nous paraît pas du tout synonyme d'inexistence, mais bien de violation de la loi elle-même. Dès lors, même en l'absence de la situation avantageuse accordée aux créanciers, il y aurait lieu, d'après nous, à déclaration de faillite pour liquider les opérations du passé, la société n'étant frappée, en principe, que pour l'avenir.

La société par actions qui est annulée en vertu des dispositions de la loi du 24 juillet 1867, continue donc, nonobstant la nullité, à être susceptible de faillite, par cette double raison que la nullité ne saurait être opposée aux tiers par les associés, et que la nullité n'implique pas l'inexistence de la société, mais seulement en emporte dissolution.

Cette conclusion ne saurait, quoi qu'on ait prétendu, être modifiée sur la considération que les créanciers personnels des

associés ayant, comme nous l'avons dit, par rapport à ceux-ci la qualité de tiers, ne sont pas exclus d'opposer la nullité aux créanciers sociaux. Il nous paraît en effet hors de contestation que les créanciers personnels ne sauraient, à l'égard des créanciers sociaux, avoir plus de droits que n'en ont leurs auteurs. Or, leurs auteurs sont impuissants et désarmés pour faire reporter le jugement déclaratif de faillite pour cause d'annulation de la société.

Ce n'est pas toutefois que nous considérions le droit de demander la nullité de la société comme inutile aux créanciers personnels : il leur permettra, au contraire, de provoquer la fin de la société contractée par leur débiteur, et de poursuivre la responsabilité que la loi fait dériver de cette nullité. Or, tout cela ne blesse en rien les droits des créanciers sociaux, et suffit à l'application du principe que les associés ne peuvent pas leur opposer la nullité, principe qui ne vise que les rapports des associés et des tiers, mais laisse en dehors les rapports réciproques des diverses catégories de créanciers.

Nous refusons donc de conclure avec MM. Lyon-Caen et Renault (t. II, n° 3133 bis, p. 925), que « quand les créanciers « personnels usent de ce droit, ils peuvent mettre obstacle à « la déclaration de faillite de la société. »

S'il en était ainsi, on devrait dire que jamais une société annulée ne pourrait être mise en faillite, car les créanciers personnels des actionnaires interviendraient pour profiter des prétendus effets de cette nullité, en se faisant payer sur la part de l'actif social appartenant à leur débiteur, en concours avec les créanciers sociaux. Mais qui ne voit que cette conséquence extrême n'est que la négation du véritable caractère juridique, ci-dessus indiqué, des nullités édictées par la loi de 1867 ? Ces nullités, nous l'avons dit, opèrent à l'instar de la dissolution, et ne peuvent porter préjudice aux droits acquis dans le passé.

La société étant nulle, les créanciers personnels n'ont que le droit d'en demander la liquidation et le partage, sous la forme d'une action en nullité. Mais les créanciers sociaux conservent leur privilège sur l'actif social : la société n'est point inexistante.

Du reste, et cela pensons-nous est décisif, si la nullité pouvait, entre les mains des créanciers personnels des associés, produire cet effet redoutable, il faudrait avouer que le jugement qui la prononce serait pour les créanciers sociaux d'une bien rigoureuse sévérité ; et c'est contre quoi proteste toute la théorie de la loi, qui leur est au contraire si favorable.

Avant d'aborder rapidement les données de la jurisprudence, et d'en indiquer la tendance, il convient d'examiner une question des plus intéressantes, que soulève la dure responsabilité dont sont frappés les auteurs de la nullité, en vertu de l'art. 42 de la loi précitée. Se basant sur la solidarité dont ils sont chargés par cette loi envers les tiers, on a voulu soutenir que la faillite devait les frapper eux-mêmes. Pour eux, dit-on, la loi a transformé l'obligation limitée du commanditaire, elle les considère comme des associés en nom collectif. C'est pourquoi la faillite de la société rejaillit sur eux, et les englobe.

Nous n'admettons point le raisonnement. L'assimilation en effet avec la société en nom collectif est purement conjecturale, et, au point de vue juridique, elle se présente comme une aggravation de peine qui ne peut être acceptée que tout autant qu'elle a sa base dans une disposition légale : or, cette disposition fait défaut. La loi ne parle que de *solidarité*, et nul n'oserait soutenir que la solidarité fût suffisante pour entraîner la faillite. L'art. 438 C. Com. en effet spécifie nettement dans les termes qu'il ne vise que le cas où la solidarité dérive d'une société en nom collectif.

Nous ajouterons que, dans l'hypothèse, il manque l'un des éléments essentiels pour qu'une personne puisse être valablement déclarée en faillite. Les administrateurs en effet ne sont que des mandataires, et ne se comportent qu'en mandataires, c'est dire que, à ce titre seul, ils ne sont point commerçants.

La faillite ne pourrait être prononcée contre eux que s'ils avaient personnellement la qualité de commerçants et que dans leur commerce ils fussent en état de cessation de paiements, ou si les opérations de la société n'avaient été en fait que des opérations personnelles déguisées, soit du fondateur, soit des administrateurs. Mais, dans ces différents cas, la fail-

lite ne sera point considérée comme le résultat juridique de la nullité de la société. Elle aura sa cause dans des faits personnels, et nul lien de droit nécessaire n'existera, au point de vue des déclarations de faillite, entre les divers agents solidairement responsables. La nullité de la société, en l'absence d'un texte formel, est impuissante à produire cet effet profond d'imposer à un individu la profession de commerçant qu'il n'a jamais entendu exercer. (Voy. Rousseau : *Questions sur les soc. comm.* — *Question 15*, p. 201 s.)

M. Bédarride (*Comment. de la loi de 1867*, t. II, app. n° 3), à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 3 mars 1870, qui avait jugé que les créanciers sociaux ne pouvaient faire déclarer en faillite que chacun des associés individuellement, déclare que cette conséquence de la nullité est juridiquement incontestable, *lorsque le litige s'agite entre associés*; mais qu'on ne saurait l'admettre lorsque les parties en présence sont, d'une part, ces associés, et de l'autre, les créanciers sociaux. Par contre il en serait autrement, selon lui, si le conflit existait entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés, car ceux-ci sont des tiers et peuvent, par suite, agir à leur gré et suivant les exigences de leurs intérêts.

Nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus pour l'appréciation du système proposé par M. Bédarride. Nous pensons que la faillite personnelle des associés n'est pas une conséquence de la nullité, et que, nonobstant cette nullité prononcée, la faillite de la société doit être maintenue tant à l'égard des créanciers sociaux, qu'à l'égard des créanciers personnels des associés. Les nullités édictées par la loi de 1867 opèrent, en effet, à l'instar d'une dissolution, pour l'avenir seulement, en ce qui concerne l'existence de la société; cette considération, trop souvent abandonnée dans ses conséquences logiques, suffit à justifier notre opinion, et à écarter la prétention contraire des créanciers personnels des associés. Voy. sous l'arrêt précité (Sirey, 1870, 2, 137) les conclusions de M. l'avocat général Hémar, et la note (voy. également Bravard et Demangeat, *Tr. de dr. comm.*, p. 194.)

M. Bédarride estime que, quand la faillite sociale sera em-

pêchée par les créanciers personnels, les faillites des associés solidairement responsables seront fondues en une seule : on économisera ainsi les lenteurs et les frais, en ne créant qu'une seule administration, une seule liquidation et un seul syndicat. Voilà en vérité qui est d'un esprit conciliant ! L'honorable magistrat décrète en principe l'éparpillement de l'actif social et la multiplicité des faillites, mais en pratique il enseigne l'unité et l'ordre. On ne surmonte pas plus aisément les difficultés opposées à un système !

Sur les délicates questions soulevées par la nullité des sociétés par actions au point de vue de la faillite, les recueils de jurisprudence nous offrent une abondante moisson de décisions contraires. Nous devons remarquer cependant que si, comme tendance pratique, notre système paraît bien être dans le courant des arrêts, il est tout à fait douteux que *nos raisons* aient été également bien accueillies par les magistrats. Les arrêts qui admettent que, nonobstant la nullité, la faillite ne doit pas être rapportée, appuient cette solution sur l'effet purement relatif de la nullité, mais non, et en outre, sur l'assimilation entre cette nullité et la dissolution pour la liquidation du passé. Aussi bien faudrait-il, en bonne logique, repousser cette solution, lorsque la demande de rapport de la faillite émanerait des tiers créanciers personnels des associés, car ils peuvent user de la nullité : mais alors, quoi de plus facile que de mettre ceux-ci en mouvement, et la porte n'est-elle point ouverte ainsi toute grande, en pratique, à la doctrine qui dans tous les cas repousse la faillite quand la société est déclarée nulle ? On voit que le système entier peut passer par cette porte, que, pour notre part, nous estimons devoir clore complètement.

La jurisprudence n'a pas aperçu cette logique, car, dans le nombre des arrêts, nous n'en avons pas relevé qui parût en tenir compte. On admet bien que les créanciers personnels puissent, en principe, se prévaloir de la nullité et même concourir sur les biens sociaux avec les créanciers sociaux, — mais au point de vue de la faillite la question n'est pas posée aux juges dans ces termes précis, et encore moins pourrait-on

prétendre qu'elle est implicitement résolue par la solution presque courante que nous venons d'indiquer, puisque nous avons constaté au contraire que les syndics obtenaient, dans le courant général de la jurisprudence, que la faillite fût considérée comme survivant au prononcé de la nullité. (Voy. Cass. 3 juin 1885, Sir. 1885, 1, 259 ; Lyon, 8 mai 1884, Sir. 1884, 2, 107 ; Paris 5 février 1872, Sir. 1873, 2, 75 ; Cass. req. 25 février 1879, Sir 1881, 1, 461 ; Angers 13 janvier 1869, Sir. 1870, 2, 81 ; Paris 28 mai 1869, Sir. 1870, 2, 69).

Il est de jurisprudence constante que le porteur d'actions ne saurait se prévaloir de la nullité contre le syndic pour se dispenser de libérer ses titres entre ses mains. Cette décision est, croyons-nous, juridiquement incontestable, mais on ne la justifie pas suffisamment en n'invoquant que le droit qu'ont les créanciers sociaux de ne pas se voir opposer la nullité par les associés : quoi de plus aisé que de faire agir en effet un créancier personnel d'associé ?

Quant au droit de faire mettre en faillite les administrateurs responsables de la nullité, il doit être, en principe, absolument refusé : les arrêts qui *paraissent* l'avoir reconnu ne pèchent que pour avoir mal motivé, en droit, une solution que les circonstances de la cause justifiaient bien. Faisons toutefois une exception pour un arrêt de Douai 28 décembre 1885 (*Journal des Sociétés* 1887, p. 298) lequel nous paraît avoir nettement violé la loi en décidant qu'entre les fondateurs il existe en cas de nullité une société de fait assimilable à une société en nom collectif qui les expose personnellement à la faillite, et à l'application de l'art. 438, 2^o, C. Com.

Cet arrêt devra rester isolé, et il est vraisemblable que telle est bien l'opinion de la pratique, car les syndics en général ne soulèvent point ce litige.

Dans l'affaire du Crédit foncier suisse (Cass. req. 19 février 1884, Sir. 1885, 1, 263) l'un seulement des administrateurs a été déclaré en faillite, et il était constaté en fait que cet administrateur avait fait de la gestion des affaires sociales sa profession habituelle. La Cour de Cass. a rejeté le pourvoi, et sa décision est à l'abri de toute critique, du moins en droit.

Mais c'est parce que la Cour n'a point invoqué l'existence d'une prétendue société en nom collectif entre les administrateurs. Un arrêt fort intéressant de Cass. Civ. 24 août 1863 (*Sir.* 1863. 1. 486.) nous fournit du reste pour la réfutation de l'arrêt de Douai un argument considérable : il décide que l'art. 438 C. Com. lui-même ne s'applique pas aux sociétés en nom collectif annulées. Comment, dès lors, pourrait-on l'invoquer contre les membres de la prétendue société en nom collectif qui tiendraient les administrateurs engagés à tout le passif social ? Un arrêt de Caen 18 mai 1864 (*Sir.* 1865. 2. 103.) est absolument conforme.

Constatons, pour terminer, que rien ne s'oppose à ce que les associés eux-mêmes poursuivent la nullité de la société ; seulement ils ne pourront pour en recueillir l'émolument amoindrir celui des créanciers. C'est ainsi que s'ils poursuivent les administrateurs et fondateurs en nullité, pour obtenir contre eux la condamnation prévue et réglée par la loi de 1867, ils ne pourront prétendre de ce chef à être payés en concours avec les tiers. Ils n'arriveront donc qu'en second : au contraire, leurs créanciers personnels, n'étant point frappés par les art. 7 et 41 de la loi, viendront en concours avec les créanciers sociaux. Il faut bien constater cependant que la pratique ne nous fournit, sur ce point, aucune décision : ce qui tendrait sans doute à démontrer qu'en cette matière la méconnaissance des principes est devenue en quelque sorte générale, à moins qu'il ne fallût s'en prendre à l'inaction bien explicable des particuliers, ceux-ci s'en remettant d'ordinaire aux syndics de faillite du soin de faire fixer la jurisprudence en nos matières.

En pratique, l'on dit souvent que le droit d'agir en nullité appartient aux syndics à l'exclusion des actionnaires : cette proposition est inexacte dans la forme. Ce qui est juste, c'est que l'actionnaire ne peut pas s'en prévaloir au préjudice des syndics. Mais il est à remarquer que l'action individuelle de l'actionnaire en réparation d'un préjudice qui lui est propre n'est point visée par les termes de la loi, et que par suite elle va d'égalité avec l'action des tiers en nullité. Le droit du syndic en conséquence, ne primera point le droit pour les actionnaires

de former contre les administrateurs et fondateurs une demande en responsabilité, à raison du préjudice éprouvé, dans le cas où ils établiraient qu'ils ne sont entrés dans la société que sur la foi des déclarations mensongères relatives à la régularité de sa constitution. (Voy. Cass. civ., 30 décembre 1872, *Sir.* 1873, 1, 165).

Enfin, au point de vue de l'obtention du concordat, on s'est demandé si une société dont la nullité a été prononcée est encore susceptible d'obtenir son concordat. Nous n'hésitons pas à adopter l'affirmative, sans même essayer de distinguer, selon qu'il s'agit d'un concordat par abandon d'actif ou d'un concordat pur et simple. Il y a, en effet, une faillite sociale; cela est, d'après nous, suffisant pour ne pas faire abstraction de la solution la plus heureuse de cette faillite. Rien du reste, dans les caractères du concordat, ne paraît s'y opposer. C'est, d'après nous, tout à fait vainement qu'on a répété ici ce qui a été soutenu pour le cas analogue où la société est dissoute. La réponse ici est encore la même : de ce que la société est frappée de mort, il s'ensuit simplement qu'elle ne pourra pas reprendre la vie commerciale, — mais le concordat simple n'implique pas que la société soit nécessairement subsistante. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, dans l'hypothèse où la société est nulle, comme dans celle où elle est dissoute, les représentants de la société ne pourront point insérer dans le traité passé avec les créanciers des clauses qui, engageant l'avenir, seraient nécessairement en dehors des pouvoirs qu'on peut leur reconnaître.

L'arrêt rendu par la Cour de Lyon, le 18 mars 1884 (*Journal des Faillites*, 1884, p. 195) nous paraît très-conforme à cette manière de voir. Nous ne nous associons donc pas aux objections que lui oppose M. Thaller (*Revue critique*, 1885); c'est bien à un véritable concordat et non pas simplement à une transaction ordinaire que la Cour de Lyon a donné son approbation dans cette affaire. Qu'importe que la banque de Lyon et de la Loire fût nulle et dissoute? Le concordat est un mode de liquidation excellent, et rien ne s'oppose à ce que la fiction de survie accordée aux sociétés nulles comme aux sociétés

dissoutes pour le règlement du passif n'étende ses effets bien-faisants jusqu'à permettre l'obtention d'un concordat, si rien dans les clauses de ce concordat n'est en contradiction avec la situation spéciale du concordataire. C'était bien le cas, pensons-nous, dans l'espèce dont s'agit, où les créanciers, moyennant que les actionnaires consentissent à fournir une somme déterminée sur le capital non versé, accordaient à ceux-ci la remise du surplus. S'il y avait transaction, et non concordat, c'était uniquement à l'égard des administrateurs, car évidemment ceux-ci étaient non des associés, mais des tiers débiteurs.

En vain M. Thaller objecte-t-il qu'il n'y avait pas concordat, puisque les syndics conservant le droit de réaliser l'actif autre que le capital dû par les actionnaires, et le montant des responsabilités des administrateurs, les créanciers conservaient leurs créances. Cette objection est spécieuse ! Le concordat dont s'agit était, ce qui est licite, un concordat simple mélangé d'abandon d'actif : la combinaison est fréquemment employée, et les principes ne la condamnent pas plus que les concordats simples n'engageant pas l'avenir.

Nous en avons fini avec la théorie de la nullité des sociétés, au point de vue de la faillite. Il n'en est point de plus importante ni de plus difficile, croyons-nous. Nous ne pouvons mieux faire, pour terminer sur ce point, que de rappeler expressément, pour éviter une confusion possible, que nous avons distingué, au début du chapitre, deux catégories de nullités, et que toujours il faudra veiller à ne point appliquer à l'une les conséquences de l'autre. Les différences, en effet, sont absolument caractérisées.

CHAPITRE TROISIÈME.

Considérations sur la Faillite des Sociétés par actions en droit international privé et en droit comparé.

Les opérations de finances et d'industrie, comme aussi celles du commerce ont pris un développement tel, depuis un demi-siècle, qu'elles relient sans cesse les marchés français à ceux de l'étranger. Les rapports internationaux qui en dérivent doivent donc retenir notre attention, car on sait que c'est surtout par les sociétés par actions que les capitalistes et l'épargne d'un pays entrent en relations avec les nations voisines.

Au seuil de cette étude, nous rencontrons tout d'abord la question si délicate et si controversée en droit international privé du caractère juridique qu'il faut reconnaître à la faillite. Faut-il admettre la doctrine de l'unité et de l'indivisibilité? Faut-il, au contraire, souscrire au système qui la soumet et l'assimile à un statut réel? N'y a-t-il pas certaines distinctions à faire entre les meubles et les immeubles? Telle est, sous ses trois plus importants aspects, la question qui domine tout le débat.

Il ne nous appartient pas d'en aborder ici la discussion complète et détaillée; mais nous ne saurions, par contre, nous dispenser de prendre parti, car de la solution admise dépendra le sort qui sera fait en France aux actionnaires et aux créanciers de la société étrangère en faillite.

Nous n'hésitons pas, quant à nous, à embrasser la thèse si favorable de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite. Le jugement de faillite constate un fait et en organise les premières conséquences : le fait constaté, c'est la faillite elle-même qui résulte, on le sait, non de ce jugement, mais de la cessation de paiements, — et les mesures prises en conséquence de ce fait consistent surtout dans la nomination des

syndics, c'est-à-dire dans la substitution au failli d'un mandataire imposé par la loi dans l'intérêt de ses créanciers. Le failli est considéré, à l'égard et, répétons-le, dans l'intérêt de ces derniers, comme une sorte de prodigue ou d'interdit à qui la loi enlève la gestion de son patrimoine en le déclarant incapable d'administrer et d'agir, avec cette particularité que son incapacité n'est pas absolue comme celle du dément, qu'elle n'est au contraire que relative et invocable seulement par la masse des créanciers.

La faillite entraîne donc, selon nous, pour le failli un changement d'état *sui generis*, une sorte de *capitis deminutio* : or, il n'est pas douteux que l'état d'une personne soit indivisible, et qu'une seule loi doive le régir. Nous estimons donc, en principe, que la doctrine de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite est seule admissible, et nous en concluons qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans la liquidation du patrimoine des faillis autant de directions différentes, ni autant de législations parfois inconciliables, ni encore moins autant de masses distinctes de créanciers qu'il y a de pays dans lesquels leurs biens se trouvent éparpillés. Décider autrement serait, du reste, violer manifestement l'idée même qui a donné naissance au régime de la faillite, idée qui se combine merveilleusement avec celle de l'unité du patrimoine.

« Hujusmodi judicium universale nulla alia ratione fit, « quàm ex eo quod unico judicio cognoscantur et decidentur « jura omnium creditorum. » Casaregis : *de commercio, discursus*, 130, n° 27.

Il convient donc de décider, en droit, que les sociétés par actions étrangères sont soumises à la faillite, telle qu'elle est régie par la loi étrangère, et échappent aux prescriptions de notre loi de 1838, que leur siège est nécessairement à l'étranger, et qu'on ne saurait en faire prononcer la faillite par les tribunaux français. Nous ajoutons même que, d'après nous, le jugement étranger n'étant pas un jugement de condamnation, ni même, à proprement parler, un jugement susceptible d'exécution forcée, il n'y a point nécessité d'obtenir l'*exequatur* des juges français.

Ces diverses solutions sont loin de rallier l'unanimité des suffrages, et il y aurait certes de très-intéressants développements à leur donner dans une dissertation spéciale. Nous devons, ici, nous borner à affirmer notre opinion, tout en constatant qu'elle figure au nombre des plus controversées.

Cette opinion affirmée, il convient d'en déduire les conséquences les plus importantes pour notre sujet.

Et d'abord quelles sociétés reçoivent, en France, la qualité de sociétés étrangères ? Ce sont celles qui ont à l'étranger le centre principal de leur exploitation, encore que le siège social fût en France. Or, on sait que les sociétés étrangères ont été admises par le législateur au bénéfice de la personnalité morale en 1857. Une loi du 30 mai de ladite année reconnaît la personnalité morale à celles qui ont été autorisées dans les conditions prévues par cette loi : or, cette loi ne vise que les sociétés anonymes, d'une part, et, d'autre part, les commandites par actions qui, d'après la législation en vigueur dans le pays auquel elles appartiennent, sont soumises à l'autorisation de leur gouvernement. Ces deux catégories de sociétés tombent seules sous le prescrit de la loi du 30 mai 1857 ; contre les autres, il n'est prise aucune précaution, de telle sorte que les commandites par actions qui ne sont point dans leur pays soumises à la formalité tutélaire de l'autorisation de leur gouvernement, jouissent de plein droit de la capacité d'agir en France, sans qu'il soit besoin, en France, d'un décret d'autorisation, alors que celles des autres pays y sont assujetties. M. Pont fait justement remarquer, après M. Lyon-Caen, « qu'il y a là une inconséquence. »

On voit, par ce qui précède, quelles sont les sociétés par actions étrangères auxquelles la personnalité morale est reconnue en France ; ce sont les seules qui, d'après l'esprit de la loi française, devraient être considérées comme susceptibles d'être mises en faillite en France. Ajoutons que, d'après l'opinion admise par nous sur l'unité de la faillite, les tribunaux français n'auront pas à prononcer leur faillite, et que par conséquent la question ne devrait même pas leur être soumise ; mais cette opinion dogmatique rencontre de nombreux contra-

dicteurs, et ceux-ci devront être fort hésitants lorsqu'il s'agira d'une société à laquelle le bénéfice de la loi de 1857 ne s'applique pas. Nous pensons quant à nous que ces sociétés ne constituent que de simples associations de fait, sans existence légale en France, et qu'il n'y a point pour elles de faillite possible : telle est, du reste, rappelons-le, la solution que nous avons eu à donner dans le chapitre précédent pour les sociétés nulles à raison du caractère illicite de leur objet.

Ainsi, d'après nous, les sociétés étrangères ne peuvent, dans tous les cas, être frappées de faillite que par le tribunal de leur siège d'exploitation. Les syndics ou autres représentants de la faillite de ces sociétés, ne pourront selon nous agir en France en la même qualité et, si besoin en est, poursuivre un *exequatur* que si la société elle-même jouit du bénéfice de la loi de 1857.

C'est en vain, qu'en pareil cas, il serait opposé à des actionnaires ou à des débiteurs français, qu'ils ont renoncé soit expressément, soit implicitement en traitant avec la société à se prévaloir de son inexistence légale : la loi de 1857 a été inspirée par des considérations d'ordre public et de police territoriale, qui la mettaient au-dessus des clauses ou conventions des parties. Les syndics étrangers ne pourront donc pas obtenir contre eux de condamnation exécutoire en France.

A l'égard des créanciers français, il convient de remarquer que les sociétés dont s'agit, quelque dépourvues qu'elles soient d'existence légale, peuvent néanmoins, d'après la jurisprudence, être poursuivies comme défenderesses devant les tribunaux français pour l'exécution de leurs engagements. Ne faut-il pas en conclure qu'à l'égard de ses créanciers la société constitue un être moral, que le pacte social leur est en ce cas opposable, et que par exemple ils devraient assigner la société dans la personne de ses représentants, et non pas les actionnaires ? Telle est bien la solution donnée par un arrêt de la Cour suprême du 14 novembre 1864 (Voy. Sir., 65, I, 135), qui a considéré les administrateurs comme n'étant point liés par les engagements contractés par eux au nom d'une société rentrant dans l'hypothèse prévue, envers des Français.

S'il fallait généraliser cette décision, et poser en doctrine que les sociétés étrangères par actions non autorisées constituent des personnes morales dans la vraie signification du terme, quand il s'agit de sauvegarder les intérêts des créanciers français, il en résulterait pour ceux-ci le droit d'en poursuivre ou tout au moins d'en faire reconnaître la faillite par les juges français. Mais nous n'admettons pas cette déduction extrême, dont l'effet le plus certain serait de frustrer l'esprit et le texte de la loi de 1857, en accordant aux sociétés étrangères, par cette sorte de trouée faite à la loi, les droits que celle-ci a eu pour but de ne leur concéder qu'à des conditions nettement déterminées.

Le droit accordé aux créanciers doit donc n'être considéré que comme une faveur accordée aux créanciers français contrairement à ce qu'exigerait l'extrême rigueur du principe, faveur que l'art. 14 C. Civ. justifie dit-on en droit en permettant aux Français d'assigner les étrangers devant les tribunaux de France pour les obligations par eux contractées.

Mais il faut s'arrêter, dans cette voie, au droit de poursuivre en justice la société étrangère en exécution des conventions qui l'obligent. Il résulte de la loi elle-même que cette société ne constitue point une personne morale, et que par suite la mise en faillite se trouve virtuellement rendue impossible : du reste, cette impossibilité légale est invocable par des intéressés français, et ce serait les sacrifier sans raison que de leur enlever un droit que la loi de 1857 leur a accordé.

Telle est selon nous, au point de vue de la faillite, la règle unique qu'il faille appliquer aux sociétés par actions étrangères qui n'ont pas reçu l'autorisation par décret, que prévoit la loi du 30 mai 1857. Il nous paraît que sur ce point on ne saurait élever d'objection sérieuse.

A l'égard des sociétés autorisées, et ce sont de beaucoup les plus nombreuses, notre système dérive, comme nous l'avons dit ci-dessus, de la théorie fort contestée en droit international privé de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite. Dans ce système, la simplification est grande pour les faillites de sociétés par actions, car les juges français n'ont pour ainsi dire à con

naître que des questions d'exécution : quant aux procès et aux difficultés juridiques soulevées par l'interprétation du contrat de société, la solution en sera le plus souvent donnée par les juges étrangers du siège de la faillite.

Mais il est des auteurs qui repoussent la théorie générale sur laquelle nous appuyons notre système, et n'hésitent pas à admettre la possibilité d'une déclaration de faillite en France nonobstant la faillite étrangère, de sorte que la liquidation du patrimoine du failli se trouve scindée en deux faillites distinctes. Ainsi décident-ils en s'autorisant des motifs mêmes de l'art. 14 C. Civ., et en repoussant l'application des art. 437, 635 C. Com. et 59 § 8 C. pr. civ. Cette doctrine ne manque pas d'appui en jurisprudence ; nous croyons cependant discerner un moyen que les tribunaux permettent pour éviter les inconvénients si considérables de cette dualité : si l'*exequatur* est accordé au jugement déclaratif étranger, il ne pourra plus être ouvert de nouvelle faillite en France, car les juges français, se considérant comme investis du droit d'examiner le fond, n'accordent l'*exequatur* qu'après avoir acquis l'assurance qu'il ne serait point fait grief aux intérêts français.

Ce système se combine d'idées et de décisions qui nous paraissent contraires à la raison du droit, mais qui, dans la pratique, jouissent d'un grand crédit. En l'appliquant aux sociétés étrangères, il donnera lieu à des complications inextricables, quand les deux faillites seront prononcées : l'état de guerre se produira alors presque infailliblement entre celles-ci, et le désordre le plus complet en sera comme une conséquence forcée.

De la distinction et de la séparation des masses, découlera la division de l'actif, et pour les syndics le droit de poursuite contre les actionnaires se trouvera, quant à son montant, soumis à des difficultés d'exercice telles, notamment pour administrer la preuve de ce que nous avons appelé les exigences du passif, qu'il aura pour ainsi dire perdu son efficacité. On ne saura jamais à quelle législation se référer : l'*imbroglio* sera complet dans les faits.

Dans le cas où le syndic étranger de la faillite sociale aura

obtenu l'*exequatur* du jugement déclaratif étranger, si on admet qu'un pareil jugement en soit susceptible et y soit soumis, on ne se trouvera plus qu'en présence d'une seule faillite, pourvu qu'avant la poursuite en obtention d'*exequatur* il n'ait pas été rendu par les tribunaux de France de jugement déclaratif non susceptible de recours. Les difficultés alors seront évitées en fait, nous en convenons; mais il faut pour cela que l'*exequatur* soit accordé, et on sait que devant la jurisprudence qui sur ce point est adoptée en France, l'obtention en est, à défaut de traité intervenu, subordonnée à l'appréciation souveraine et par conséquent à l'arbitraire des juges.

Avant de quitter le domaine du droit international privé, nous devons encore rappeler la doctrine qui fut professée par notre regretté maître M. Ripert, d'après laquelle la faillite doit être considérée comme un régime *exclusivement relatif aux biens*, et, par suite, comme rentrant dans le statut réel. Cette doctrine conduit à exiger qu'une seconde faillite soit prononcée en France par nos tribunaux si la société faillie y possède des immeubles : si elle n'y possède que des meubles, la controverse s'élève entre ses partisans, et M. Ripert notamment décide par application de la fiction *mobilia personæ ossibus hærent* que dans ce cas la faillite est de statut personnel, et que le jugement étranger suffit. On en arrive ainsi à une scission du patrimoine en mobilier et en immobilier, qui serait vraiment bien gênante, et qui nous ferait retomber, en matière de sociétés surtout, dans les difficultés de pratique auxquelles nous avons déjà fait allusion.

Nous nous rattachons donc, en résumé, à la doctrine de l'unité de la faillite, et nous consentons à ce que, en l'absence de traités ou conventions diplomatiques, toutes les conséquences en soient appliquées aux faillites des sociétés par actions étrangères autorisées conformément à la loi de 1857.

Dès lors, ce sera à la loi étrangère qu'il faudra se référer pour la publicité à donner au jugement déclaratif, comme aussi pour déterminer les pouvoirs et les attributions des syndics, l'exigibilité des créances à terme, la suspension du cours des intérêts et celle des poursuites individuelles, les droits et obli-

gations des associés, des administrateurs ou gérants et même d'une façon générale toutes les mesures que la cessation de paiements peut amener.

C'est ici qu'un utile parallèle de la loi française et des lois étrangères trouverait naturellement sa place. Mais nous ne pourrions lui consacrer que des développements restreints et incomplets. Aussi bien, après réflexion, n'aborderons-nous le droit comparé que pour fournir quelques indications éparses et, disons-le, de nature plutôt à piquer la curiosité des personnes qui seraient tentées de nous lire, qu'à les instruire réellement par nous-même.

Notre Code, on l'a vu, ne contient que quelques dispositions isolées sur la faillite des sociétés (art. 438, 458, 531 et 604 C. Com.); il n'en est pas de même de plusieurs Codes étrangers.

Le Code de Commerce italien, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1883, coordonne dans un titre entier, le titre VII du livre III, les prescriptions concernant la faillite des sociétés commerciales. A défaut d'un corps complet de doctrine, le législateur italien nous fournit une suite de dispositions particulières dont le but est de faire cesser les hésitations des tribunaux sur quelques-uns des points où la controverse s'est élevée.

C'est ainsi qu'il indique très-nettement que la faillite sociale entraîne de plein droit la faillite des associés à responsabilité illimitée. Il ne sera nommé qu'un seul curateur et désigné qu'un seul juge-délégué. Cela n'empêche nullement de tenir distinctes les diverses faillites, tant pour l'inventaire que pour les opérations relatives à la détermination du passif et à la liquidation de l'actif. Aux délibérations concernant la faillite sociale ne prennent part que les créanciers sociaux; mais à celles qui se réfèrent aux faillites des associés, participent et les créanciers sociaux et les créanciers personnels.

Nous devons noter une importante et judicieuse disposition insérée dans cette loi, d'après laquelle, dans le cas de faillite d'une société par actions, les actes de procédure doivent être dirigés contre les administrateurs, les directeurs et les liquidateurs. Cette prescription nous paraît très-heureuse et de

nature à faciliter les opérations qui touchent aux intérêts des actionnaires, en accordant à ceux-ci la continuité de la représentation de leurs droits. Ajoutons qu'ils y trouveront en outre et parfois une sauvegarde très-utile.

Quant aux appels de fonds, le tribunal ne les autorise que *s'il en reconnaît le besoin*. Le curateur n'est donc pas le seul juge des intérêts de la masse : à sa demande les actionnaires pourraient risposter que les versements ne sont pas nécessaires, sauf au tribunal à apprécier si cette prétention est fondée, en tout ou en partie.

La faillite dissout la société, d'après l'art. 189; cela n'empêche point que la loi au siège de la matière autorise expressément les concordats. Nous n'hésitons pas à critiquer en législation la première disposition; mais nous ne la considérons pas comme en contradiction avec la seconde.

Ajoutons, enfin, que le législateur italien a cru, dans le titre suivant, qui est consacré tout entier aux faits coupables en matière de faillite, devoir soumettre les administrateurs et directeurs des sociétés par actions aux peines de la banqueroute simple ou frauduleuse, bien qu'ils ne soient pas commerçants ni, par conséquent, susceptibles d'être mis en faillite.

De la loi italienne, qui représente dans ses dispositions comme le résumé du mouvement opéré par la jurisprudence sur la simple interprétation des textes fort insuffisants qui étaient en vigueur sous l'ancien Code, passons à la loi *espagnole*. Ici, encore, nous sommes en présence d'une entière refonte de la loi commerciale, qui a donné naissance à un nouveau Code de Commerce entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1886. Cette législation récente a, comme la précédente, réuni et massé les dispositions relatives aux faillites des sociétés. Deux sections du Livre IV de ce Code leur sont en effet consacrées.

La section VII formule des dispositions générales concernant les faillites des sociétés commerciales, puis elle règle les effets produits par la faillite à l'égard des associés, et elle s'occupe du concordat des sociétés anonymes. Les art. 923 à 929 sont consacrés à cette matière.

La section VIII (art. 930 à 941) vise la suspension des paiements et la faillite des compagnies de chemins de fer, ou d'autres travaux publics.

Quant à la loi *belge*, plus ancienne que les deux précédentes, elle ne procède pas de la même manière. A l'imitation de notre loi de 1838, elle ne s'est point départie du système qui assimile, pour ainsi dire, les sociétés faillies aux autres faillis en ne leur accordant point les honneurs d'un chapitre spécial. Les art. 440, 470; 530, 576 et 586, s'occupent seuls de cette matière; comme unique particularité, nous devons relever qu'aux termes de l'art. 440, lorsqu'une société anonyme aura été déclarée en faillite, la procédure sera poursuivie contre les gérants, qui seront tenus de fournir au juge-commissaire et aux curateurs tous renseignements, et de comparaître devant eux quand ils en seront requis. L'art. 576 contient la sanction pénale de cette disposition, en soumettant aux peines de la banqueroute simple, s'ils ne fournissent pas les renseignements qui leur sont demandés, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs, ou s'ils les donnent inexacts. La sévérité du législateur belge va jusqu'à punir de même le simple fait de ne pas s'être rendus, sans empêchement légitime, à la convocation du juge-commissaire ou du curateur.

Les autres textes de la loi précitée ne constituent qu'une sorte de réédition des dispositions de notre loi française. En présence de l'unique essai d'envolée tenté, sur ce point, par le législateur belge, nous avons la tentation de le remercier de son mutisme. Car en vérité n'a-t-il point dépassé le but qu'il cherchait à atteindre, en déployant une aussi rigoureuse sévérité pour un fait qu'aucune législation n'a songé à réprimer, voire pour une simple réticence. L'art. 440 est moins malheureux, quoique ne présentant pas pour cela une bien grande utilité, en spécifiant que les sociétés anonymes sont susceptibles de faillite. Nous approuvons sans réticence qu'il soit nettement exprimé que la procédure de la faillite doit être poursuivie contre les gérants.

Quant au Code *Hollandais*, il garde à peu près entièrement le silence, car il ne s'occupe que de l'apposition des scellés au

domicile respectif de chacun des associés responsables. (Voy. Thaller, t. II, n° 208.)

Tel est, au point de vue de la faillite des sociétés, le rapide tableau des dispositions figurant dans les législations commerciales qui se rapprochent le plus de la nôtre.

Les prescriptions les plus abondantes en cette matière se trouvent dans les lois allemandes. La *loi prussienne du 8 mai 1855* traite déjà de la faillite des sociétés par actions. Les administrateurs de la société sont tenus de déclarer la cessation des paiements et représentent la société dans toutes les opérations de la faillite : les liquidateurs, s'il y a liquidation, remplacent les administrateurs, et, en outre, dans ce cas la faillite n'est possible que si la liquidation n'est pas terminée. Il n'y a pas lieu à concordat, disposition sévère que nous ne saurions guère justifier.

Le *code de Nüremberg de 1860* consacre aux sociétés de commerce les art. 122, 123-1°, 170, 200, 201, 202, 242-3°, 243 : d'après cette législation, qui s'applique aux sociétés par actions comme aux autres, la faillite sociale entraîne la dissolution de la société.

En *Autriche* également le code de concours de 1868 est infiniment plus explicite que notre loi française, et ne procède pas par sous-entendu (art. 191 à 204 et 238 à 240). Nous relevons par une mention spéciale l'obligation imposée aux directeurs de sociétés anonymes, ou à leurs liquidateurs de pourvoir au dépôt du bilan. Ces textes ne s'appliquent qu'aux sociétés de commerce.

La loi fédérale du 10 février 1877 qui forme le *Code Allemand* a pour objet d'étendre à tout l'empire la loi prussienne de 1855 précitée, avec des modifications.

Les sociétés y sont examinées à la fin du Livre II (191 à 201), et les dispositions de la loi visent aussi bien les sociétés civiles que les sociétés de commerce. Notons que les art. 194 et 199 ne reconnaissent point aux actionnaires et aux commanditaires le droit de faire déclarer la faillite. Dans l'ordre pénal, les administrateurs sont exposés aux peines de la banqueroute.

En Allemagne, comme le dit M. Thaller, la personne morale

ne convient qu'aux établissements d'utilité publique, « c'est-à-dire aux fondations permanentes poursuivant un but désintéressé. » Les autres associations laissent les biens dans l'indivision. En France, nous en concluons que la faillite est impossible, car nous refusons d'admettre une faillite sans failli. Les Allemands n'ont point cette logique; ils aiment mieux justifier le résultat qui d'après les textes n'est absolument pas contestable, par une théorie d'école sur laquelle les jurisconsultes dissenteront longtemps entre eux, sans grand intérêt pratique. La faillite ou mieux le *concours* vise uniquement les biens existants, et non point la personne même d'un failli : qu'il y ait donc des biens, et la matière de la faillite existera. Ce qui le démontre, c'est que les biens qu'un failli acquiert postérieurement au jugement déclaratif, sont exonérés. Le concours n'a donc point pour objet *un patrimoine* (Voy. Thaller, t. II, p. 315 et s., et les autorités citées à la page 317).

La faillite dans l'anonymat est provoquée par tous les administrateurs; l'abstention de l'un seulement d'entre eux obligerait les autres à démontrer, comme un créancier, l'impossibilité de payer ou l'insolvabilité de la société. Car telles sont pour les sociétés anonymes les deux causes parfois différentes et séparées qui peuvent entraîner la faillite; la loi parle pour elles de l'insolvabilité, parce qu'elle suppose que cette insolvabilité sera connue des tiers grâce à la publication périodique du bilan. Bien que la société soit dissoute par la faillite, d'après la loi allemande, elle peut néanmoins obtenir son concordat.

En Angleterre, les *partnerships* proprement dits, qui répondent à nos sociétés en nom collectif, sont visés par le statut de 1883 sur la faillite, en ce sens que ce dernier s'occupe à plusieurs reprises de la faillite d'un ou de plusieurs partners: mais il est douteux que la *bankruptcy* doive être considérée comme s'appliquant à l'association elle-même. Il est d'usage, paraît-il, de n'en prononcer que la dissolution.

Les *corporations* et les *joint stocks*, limited ou non, constituent bien, à la différence des précédentes, des personnes morales; mais, aux termes du statut lui-même, la faillite ne leur est point applicable: elle est remplacée par la liquidation

(*the winding up*), et des textes très-nombreux lui sont consacrés dans le statut de 1862, qui est l'acte fondamental sur les joint stocks.

Il est nommé à la société un *official liquidator*, armé de pouvoirs étendus. Pour les appels de fonds il doit préparer une liste des versements non encore effectués (*list of contributories*) que la justice *dressera* ensuite et rendra exécutoire : cette disposition nous paraît de nature à donner quelques garanties aux actionnaires.

Au demeurant, bien que les créanciers se trouvent moins protégés peut-être par un *official liquidator* qu'ils ne le seraient par un *trustee* (syndic), la loi leur accorde des droits qui dépassent de beaucoup ceux que nous leur reconnaissons en France en cas de liquidation. Le maintien de l'égalité est en effet assuré par une disposition permettant à la liquidation de recouvrer les valeurs qu'un *act of bankruptcy* autoriserait à répéter si la faillite pouvait être prononcée.

Mais il n'y a pas moyen pour la société dissoute d'obtenir un concordat de la majorité de ses créanciers : le *scheme* de liquidation ne s'impose pas à la minorité.

Telles sont, très-brièvement résumées, les dispositions visant, dans les législations étrangères les plus importantes, la faillite des sociétés par actions. Nous laissons dans l'ombre celles qui touchent au droit commun des faillites, et qui cependant sont de nature à intéresser très-vivement les droits des actionnaires, des créanciers ou des débiteurs français : telle est la *moratoria* organisée par le Code italien, tel est encore le sursis de paiement de la loi belge.

Les rapides données qui précèdent, sur le droit comparé, montreront suffisamment quels innombrables conflits de loi pourraient se produire, si pour les résoudre ou mieux pour les éviter nous n'avions pas le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite. Grâce à ce principe, les tribunaux français n'auront à intervenir que quand il s'agira des voies d'exécution sur les biens situés en France, ou lorsque, s'agissant d'actions qui ne sont point centralisées au siège de la faillite, les règles ordinaires de compétence devraient conduire les

plaideurs devant les juges français. C'est presque exclusivement dans le second cas que ces derniers auront à inter-préter, s'il y a lieu, les dispositions des lois étrangères concernant la faillite des sociétés.

Mais nous avons indiqué que cette doctrine est très-vivement contestée et combattue. La jurisprudence, quoi qu'on ait prétendu, n'est point constante en faveur des opinions contraires : il serait infiniment plus exact de dire qu'elle se laisse guider en ces matières par les circonstances de fait au moins autant que par les principes du droit, et qu'il résulte de cette double tendance un ensemble de décisions tout à fait contradictoires.

La Cour de Cassation par arrêt du 29 avril 1885 (*Sir.* 1886. 1. 118) a décidé que la liquidation (*Winding up*) prononcée en Angleterre et en vertu des lois anglaises, de *The impérial land Compagny of Marseilles* ne mettait point obstacle à ce que cette société fût valablement mise en faillite en France par les tribunaux français. Cette décision n'est pas contraire à notre doctrine : elle se justifie en fait et en droit. En fait, la société dite étrangère avait d'après les constatations souveraines des juges du fond, son principal établissement en France, bien que le siège social fût en Angleterre ; elle avait le caractère commercial, parce qu'en dehors des spéculations purement immobilières, elle se livrait, d'après les mêmes constatations, à l'entreprise pour le compte d'autrui, mettait en circulation successivement et habituellement dans ce but des traites pour une somme considérable, et enfin ses statuts accusaient le but commercial de son fonctionnement ; enfin, toujours d'après les constatations du fond, la liquidation organisée par la loi anglaise ne doit pas être assimilée à la faillite. C'est sur cette triple base que la cour régulatrice a étayé sa décision. Cela suffit à établir qu'elle n'avait pas en droit à se prononcer sur la doctrine de l'unité de la faillite. Nous pensons, du reste, que même au point de vue juridique la solution s'imposait : il s'agissait en effet d'une société dont le principal établissement était en France et, par suite, c'est en France seulement que la faillite devait en être prononcée.

Nous pensons qu'il n'est pas exact de dire que la liquidation organisée par la loi anglaise pour remplacer la faillite à l'égard des corporations et des compagnies enregistrées diffère essentiellement de la faillite; cette appréciation est tout à fait arbitraire et, en tous cas, il nous semble, d'un très-médiocre intérêt pratique. Car, si la société est anglaise, qu'elle ait véritablement son principal établissement en Angleterre, elle ne devra pas, en droit, être déclarée en faillite en France : *hujusmodi judicium universale est*. C'est ce que l'arrêt a, du reste, implicitement reconnu en n'appuyant sa décision que sur les constatations de fait précitées, et non sur les principes de doctrine.

Cette dernière observation se présente avec une force encore plus grande pour un arrêt de la Cour d'Aix, du 3 avril 1884 (*Journal des Sociétés*, 1885, p. 468). Bien qu'une société étrangère ait indiqué dans ses statuts que son siège est à l'étranger, elle n'en est pas moins susceptible d'être déclarée en faillite en France, *si c'est là que se trouve son principal et même son unique établissement*; telle est la décision de cet arrêt, qui dans les termes paraît fort respectueux de la doctrine de l'unité à laquelle nous nous rattachons.

Nous pouvons encore citer l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 17 juillet 1877 (Sir., 1880, 2, 195) dans l'affaire de la Compagnie des chemins de fer du Nord-Ouest de l'Espagne : la Cour, dans cette espèce, juge en fait, non en droit. Elle admet que la faillite de la Société soit prononcée en France, parce que les opérations traitées en France avaient acquis une importance particulièrement considérable. Pourquoi se livrer à de telles constatations, si la doctrine de l'unité de la faillite était sans crédit auprès des magistrats, si, comme on le dit, elle était repoussée par une jurisprudence constante ?

Au contraire, un arrêt de Cass. req., 12 novembre 1872 (Sir., 1873, 1, 17) admet *en principe* que les créanciers français d'une société étrangère tombée en faillite conservent toujours, en vertu de l'art. 14 C. Civ., le droit de l'actionner devant les tribunaux français. Si on consent, pour compléter le système, à se reporter à l'arrêt de la Cour d'appel confirmé, il cesserait

d'en être ainsi dans le cas où le jugement déclaratif de faillite étranger aurait été déclaré exécutoire en France.

En résumé, la lecture des arrêts donne bien l'impression que les juges, loin d'avoir encore organisé une jurisprudence constante, sont dans l'hésitation et l'incertitude. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est simplement, croyons-nous, que le courant est, en général, empreint de bienveillance pour les créanciers français et de méfiance à l'égard des étrangers ; mais la science du droit devrait toujours rester également étrangère à ces deux sentiments.

CHAPITRE QUATRIÈME.

De la Liquidation judiciaire

D'après le nouveau projet de loi sur les faillites.

Depuis plusieurs années, il est question de modifier, de réformer la loi de 1838 sur les faillites. Certes, cette loi, en notre matière, a mérité le reproche de n'avoir point prévu les situations et les complications que nous avons étudiées. Il est même permis, à un point de vue plus général, de déplorer les lenteurs et les frais que comporte actuellement toute liquidation par faillite. Mais les critiques s'adressent-elles bien, en toute justice, à la loi elle-même? Ne serait-ce pas, bien plutôt, à la nécessité des choses qu'il conviendrait de s'en prendre?

Il ne nous appartient pas de répondre à ces questions; mais nous ne voulons pas clore ce travail sans présenter quelques observations sur un projet de loi qui paraît devoir être très-prochainement rendu définitif et promulgué.

Ce projet subit, en ce moment, un certain temps d'arrêt, à raison du dissentiment qui s'est élevé entre la Chambre des Députés et le Sénat, sur l'un seulement des vingt-six articles qui le composent. Tout le reste en a été voté par les deux Chambres, et il y a lieu de penser, nous dit-on, que le Sénat l'adoptera définitivement dans le courant du présent mois de mars.

Cette nouvelle loi, détachée du projet de réforme de l'ensemble de la législation des faillites, a eu surtout pour but, dans l'esprit de ses auteurs, d'améliorer le sort des commerçants insolubles, dont la mauvaise foi n'est pas nettement démontrée, et de ne point les frapper des pénalités et déchéances auxquelles ils sont actuellement soumis.

Ce point de vue, auquel d'excellents esprits ont refusé de se placer, est de médiocre intérêt pour les sociétés de capitaux.

Aussi, la loi dont s'agit ne paraît-elle pas les avoir visées sérieusement.

A partir de la promulgation de cette loi, tout commerçant en état de cessation de paiements pourra obtenir le bénéfice d'une *liquidation judiciaire*, en se conformant aux dispositions prescrites, c'est-à-dire en présentant, dans un délai de quinzaine, une requête accompagnée du bilan et d'une liste indiquant le nom et le domicile de tous les créanciers.

Le débiteur seul pourra présenter cette requête : les créanciers, par suite, n'auront point le droit de se substituer à leur débiteur, et d'imposer à celui-ci le bénéfice de la nouvelle loi. En notre matière, le débiteur sera représenté ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour les dépôts de bilan : les observations présentées par nous sur ce point avec quelque développement puisent un intérêt nouveau dans la prescription de la nouvelle loi. Du reste, celle-ci, en son art. 3, a désiré apporter ici quelque précision : pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, « *la requête est signée* par celui ou ceux des associés ayant la signature sociale, » et pour les sociétés anonymes « par le directeur ou l'administrateur qui en remplit les fonctions. » Il s'agit ici simplement de *la signature* à apposer au bas de la requête : mais point n'est question du droit lui-même de demander la mise en liquidation judiciaire. Ici, en effet, il s'agit d'une décision qui intéresse trop vivement la société pour qu'un simple directeur, personnage qui, souvent, n'est que le premier des employés de l'affaire, puisse seul en prendre l'initiative : cette initiative continuera à appartenir à la société elle-même ; mais il suffira que la requête soit signée par le directeur ou un des administrateurs. La loi n'a réglé ici qu'une question de forme.

Remarquons, en passant, que le cas de l'application de la loi aux sociétés anonymes est formellement prévu : la loi de 1838 avait donné lieu à une controverse, aujourd'hui éteinte, pour n'avoir pas précisé ce point.

A ces conditions, le débiteur, au lieu d'être mis en faillite, est déclaré en état de *liquidation judiciaire* et pourvu d'un *liquidateur*. A partir de ce jugement, toute action et toute voie

d'exécution contre le failli doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur : de son côté, le débiteur ne peut contracter aucune nouvelle dette ni aliéner tout ou partie de son actif, sauf dans les cas qui sont énumérés par la loi.

S'il en est ainsi, comment les choses vont-elles marcher ? Car on ne conçoit pas que les créanciers s'accommodent longtemps d'une situation pareille. La loi décide, en conséquence, que le débiteur pourra, *avec l'assistance des liquidateurs*, procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, faire tous actes conservatoires et intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière. En cas de refus du débiteur, il pourra être procédé par les liquidateurs seuls, avec l'autorisation du juge-commissaire, à la charge de mettre en cause le débiteur s'il s'agit d'une action à intenter. Il en sera de même si le débiteur refuse son concours ou s'il est empêché par un motif quelconque. Les fonds provenant des recouvrements et ventes sont remis aux liquidateurs qui les versent à la caisse des dépôts et consignations.

On le voit, la fonction des liquidateurs n'est point de liquider, c'est-à-dire de réaliser l'actif pour éteindre le passif. Leur mission consiste à assister, au nom et comme représentants des créanciers, aux opérations que fait le débiteur : c'est donc celui-ci qui administre et gère ses intérêts. Mais cette gestion n'est point du tout destinée à transformer le patrimoine en un actif liquide. On va voir quelle est l'idée directrice du système.

La loi ordonne que les créanciers soient, dans les trois jours, convoqués à se réunir dans un délai qui ne peut excéder quinze jours, pour examiner la situation du débiteur. Au jour indiqué, celui-ci, assisté des liquidateurs provisoires, présente l'état de sa situation, et les créanciers donnent leur avis sur la nomination des liquidateurs définitifs. De plus, ils sont consultés par le juge-commissaire sur « l'utilité d'élire immédiatement parmi eux *des contrôleurs*. »

Ces contrôleurs sont chargés de surveiller les opérations, dans l'intérêt des créanciers, et de vérifier l'état de situation présenté.

Puis il est procédé à la vérification et à l'affirmation des créances. Les opérations y relatives étant terminées, on convoque à nouveau les créanciers en vue du concordat : cette réunion doit avoir lieu quinze jours après la dernière assemblée de vérification. Il importe que les choses aillent rapidement.

Le but recherché et vers lequel tendent manifestement toutes les opérations de la liquidation, c'est le concordat. Le législateur veut que le débiteur obtienne de ses créanciers, le plus rapidement possible, ou tâche d'obtenir, s'il y a moyen, son concordat : la majorité légale qui doit le voter est de la moitié des créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, représentant en outre les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision.

Si le concordat est homologué, le tribunal déclare la liquidation judiciaire terminée. Si le débiteur n'obtient pas de concordat, la faillite peut être déclarée ; si elle n'est pas déclarée, la *liquidation judiciaire* continue jusqu'à la réalisation et la répartition de l'actif, qui se feront conformément aux dispositions de l'art. 541 du C. Com., c'est-à-dire par les liquidateurs investis des pouvoirs qu'auraient des syndics.

Enfin, la faillite est déclarée à toute période de la liquidation judiciaire, dans des cas prévus par l'art. 19, au nombre desquels figure celui où le failli aurait « *commis une fraude quelconque* », formule peut-être nouvelle en législation qui investit les tribunaux d'un pouvoir d'appréciation absolu.

La faillite a, avec la liquidation judiciaire, cette différence considérable qu'il ne peut, après déclaration de faillite, intervenir de concordat que si le failli a été déclaré excusable par jugement du tribunal. (Voy. art. 538 C. Com.)

L'aperçu de la nouvelle loi ne serait pas complet si nous n'indiquions pas, — bien que cela soit pour nous sans intérêt, — que les incapacités et déchéances résultant de la faillite, sont, en cas de liquidation judiciaire, tout à fait diminuées : le débiteur perd seulement le droit d'être nommé à aucune fonction élective. Mais il est électeur ! On a considéré que le droit d'être électeur était pour tout citoyen d'un intérêt consi-

dérable, et que la privation de ce droit constituait une peine par trop rigoureuse pour le seul fait d'avoir suspendu ses paiements. Des dispositions transitoires autorisent, du reste, les tribunaux à accorder le droit d'électeur à tout ancien failli qui aura obtenu son concordat ou qui aura été déclaré excusable.

Notons enfin qu'en cas de faillite la nouvelle loi dispose que, si le failli est déclaré excusable, il n'est soumis qu'aux incapacités édictées par l'art. 21 contre les débiteurs admis à la liquidation judiciaire.

Tel est le monument législatif qui est sur le point de recevoir la dernière et définitive sanction. Il crée, on le voit, en faveur des commerçants insolvables, un état provisoire dit « liquidation judiciaire », dans lequel ceux-ci conservent — en vue du concordat qu'il importe de préparer et obtenir, — l'administration et la direction de leur patrimoine, sous l'assistance d'un agent spécial assez improprement qualifié de liquidateur et la surveillance de contrôleurs nommés par les créanciers. Cet état provisoire peut, du reste, se perpétuer, malgré le refus de tout concordat, si la faillite n'est pas déclarée, le débiteur conservant alors ses droits d'électeur et n'étant frappé que de l'incapacité d'obtenir une fonction électorale.

Pour les sociétés, hâtons-nous de constater que cette faveur reste sans application. Il convient donc de se demander si la nouvelle loi constitue pour elles un avantage, et en quoi la liquidation judiciaire diffèrera de la faillite.

La principale différence, c'est que la société en état de cessation de paiements pourra gérer elle-même et administrer son patrimoine. Les actes auxquels il est procédé émanent en effet, on le sait, du débiteur lui-même : les appels de fonds, pendant la liquidation, seront donc opérés par la société, c'est-à-dire que les actionnaires — selon notre système — n'auront point la possibilité d'opposer à la demande les objections qui, selon nous, peuvent, en cas de faillite, être adressées aux syndics représentants de la masse.

Mais, par contre, la présence des liquidateurs aux débats

permettra à la société de se prévaloir de ce que nous avons appelé le droit propre des créanciers, et, par suite, de ne point tenir compte des stipulations spéciales non opposables aux créanciers. La société, en effet, agira en ce cas en vue de payer les créanciers, et d'obtenir son concordat. Elle aura donc un intérêt double à sauvegarder : l'intérêt de l'avenir social qui l'autorise à tout réclamer aux actionnaires, — et l'intérêt de la masse qui la met en position, grâce à la présence des liquidateurs, de faire valoir les droits propres des créanciers.

L'actionnaire sera par suite dans la situation pire, tout comme il l'est aujourd'hui, lorsque l'appel de fonds est opéré par un liquidateur investi par justice, d'après un usage d'une légalité fort contestable, des pouvoirs les plus étendus tant dans l'intérêt de la société que dans celui des créanciers eux-mêmes.

On conçoit dès lors que cette considération soit de nature à faire repousser à la société le bénéfice de la présente loi. Dans le système qui reconnaît que les actionnaires sont tenus solidairement à l'égard des créanciers de la société, la liquidation judiciaire n'a pas cet inconvénient.

Dans les commandites par actions une question se posera : pourra-t-il n'y avoir que liquidation pour certains des associés en nom, et faillite pour les autres ? On sait que nous avons adopté le système de l'indivisibilité des faillites. Nous pensons donc que le sort de la société sera celui des gérants. Plus tard, après les délibérations sur le concordat, cette indivisibilité aura pu disparaître si telle a été la volonté des assemblées de créanciers. Le commentaire que nous avons fourni de l'art. 531 C. Com. permet de résoudre cette question.

Quant aux droits des tiers créanciers, ils seront sous le régime nouveau ce qu'ils sont sous le régime actuel : le principe de la suspension des poursuites individuelles est le même. C'est en cela que la liquidation judiciaire diffèrera légalement du système des liquidations actuellement pratiquées.

La société agit elle-même : c'est dire que le conseil d'administration conserve ses pouvoirs. Mais il faut recon-

naître que sa mission demeure celle que les statuts lui reconnaissent. Il reste donc sous la dépendance de l'assemblée générale des actionnaires, et par suite les difficultés et les lenteurs que ce commerce nécessaire imposera aux tiers créanciers constitueront pour ceux-ci une véritable infériorité sur ce qui se pratique dans la faillite. Les syndics, en effet, agissent sans souci de l'actionnaire. Si l'on considère que la liquidation judiciaire n'est convertie en faillite que dans des cas déterminés que la société peut éviter, on verra qu'il est possible que, de ce chef, les opérations soient forcément ralenties. Mais cet inconvénient est compensé, en législation, par le juste et équitable avantage pour les actionnaires de ne pas être livrés sans défense aux agents de la masse.

Si le concordat est repoussé, l'administration de la liquidation judiciaire s'opère selon les règles de la faillite actuelle, c'est dire qu'il n'y aura pas intérêt pour les créanciers à profiter de la disposition de l'art. 12, qui permet en certains cas de faire transformer la liquidation judiciaire en faillite. Cette conversion ne pourrait à ce moment avoir d'autre effet que de punir le débiteur, présumé de mauvaise foi, de déchéances jugées autrement importantes que celles résultant de la liquidation judiciaire. Or, les sociétés ne sont point frappées par ces déchéances, qui ont un caractère absolument personnel.

Telle est la situation faite à la société par la liquidation judiciaire. Aura-t-elle avantage, quand il est encore temps, à opter pour la faillite ?

Cette option la priverait du droit que la liquidation judiciaire lui laisse jusqu'au moment où le concordat est repoussé, de conserver elle-même sa propre administration, de ne point être dessaisie, — et, en outre, du droit d'obtenir un concordat si elle n'a pas auparavant obtenu déclaration d'excusabilité.

En l'état actuel des affaires, cela est de médiocre importance : les sociétés de capitaux, en pratique, ne négocient point de concordat. Est-il permis d'espérer que la nouvelle loi changera cette déplorable habitude ? Nous le souhaitons

vivement, car le concordat est la plus heureuse solution de toute faillite. A ce point de vue, il est permis d'espérer que, la société n'étant pas dessaisie, les administrateurs se préoccuperont du concordat, ce que dans la pratique actuelle ils ont le tort de ne point faire.

Enfin, une dernière question se pose pour nous : il peut arriver qu'une société parfaitement solvable ait été dissoute et pourvue de liquidateur. Qu'arrivera-t-il si, les affaires tournant mal, cette société demande et obtient le bénéfice de la nouvelle loi ?

Qu'on le remarque, il y a ici deux expressions identiques pour désigner deux fonctions parfaitement distinctes. Le liquidateur social représente la société, et le liquidateur judiciaire représente les tiers ; il n'y a donc pas impossibilité à ce que ces deux agents remplissent concurremment leur propre mission. Les pouvoirs de l'un n'absorbent nullement les pouvoirs de l'autre : il n'y a pas confusion. Loin de là ! Les intérêts à sauvegarder sont séparés, sinon même en conflit. Le Sénat a ainsi jugé ; la Chambre des Députés a pensé autrement : c'est sur ce point unique que le désaccord existe entre les deux Chambres, et c'est là qu'est la cause des retards que subit la nouvelle loi.

La Chambre des Députés veut que le liquidateur social cesse sa fonction dès que la liquidation judiciaire est prononcée. Cela nous paraît peu judicieux, car nous ne voyons pas qui pourra, à défaut de ce liquidateur social, représenter la société, laquelle, qu'on ne l'oublie pas, n'est nullement dessaisie.

On a dit que les anciens administrateurs reprendraient leur rôle. C'est là une réponse sans fondement, car, par la dissolution prononcée de la société, leur mandat a nécessairement pris fin et ils se sont retirés.

Nous pensons donc qu'on opérerait sagement en laissant au liquidateur social sa fonction ; nous ne voyons aucune raison sérieuse de le remplacer par les anciens administrateurs, et nous y voyons cet inconvénient considérable que ceux-ci, n'ayant plus la qualité de mandataires de la société dissoute, ladite société se trouvera sans représentant. Si le texte de

la Chambre des Députés est voté par le Sénat, il faudra, en pratique, convoquer les actionnaires pour qu'il soit pourvu à la représentation nécessaire de la société. Si cette solution n'était pas admise, le bénéfice de la liquidation judiciaire serait sans application possible aux sociétés dissoutes. Cette conséquence — qui est des plus fâcheuses — du texte voté par la Chambre des Députés, ne paraît pas avoir été sérieusement prévue par le rapporteur de la loi.

Une dernière observation. La liquidation judiciaire a pour but de préparer le concordat; or, la nouvelle loi, telle que le projet en est voté par la Chambre des Députés, suppose qu'une société dissoute peut obtenir sa liquidation judiciaire. C'est donc que, sans contestation possible, la société dissoute peut, dans l'esprit du législateur, obtenir un concordat. Cette solution pour nous ne fait pas doute, mais on a vu qu'en général les auteurs enseignent, au contraire, qu'une société dont la dissolution et la mise en liquidation ont été prononcées ne peut pas obtenir de concordat.

CONCLUSION.

Nous n'avons qu'une observation finale à présenter : c'est qu'il n'est pas indispensable du tout que le silence à peu près complet des textes de la loi des faillites sur notre matière soit remplacé par une réglementation spéciale.

On l'a vu, l'interprète peut suppléer, par voie de déduction, et grâce à un sérieux examen des principes, à ce silence.

Aussi, considérerions-nous comme un recul dans la voie du progrès toute intervention du législateur dont le but serait d'établir des règles particulières aux faillites de sociétés.

« Le droit apparaît, à un œil exercé, comme un organisme
« logique d'institutions et de définitions juridiques; à un œil
« moins exercé, il ne présente qu'un ensemble de règles. Le
« premier de ces points de vue répond à la nature intime du
« droit; le second n'en montre que le côté extérieur, superfi-
« ciel, consacré à la vie pratique. »

Telle est l'opinion très-juste de Ihering. Que les magistrats et les praticiens consentent à remonter aux principes mêmes déposés dans la loi des faillites et dans celle des sociétés; ils y trouveront des éléments suffisants !

POSITIONS.

Positions prises dans la Thèse.

DROIT ROMAIN.

I. Le concours des créanciers sur les biens du débiteur s'opère, dans le premier état du droit, par voie d'égalité (p. 42 s.).

II. L'engagement des biens du débiteur que comportait le *nexum* représentait, au contraire, la négation du principe d'égalité entre les créanciers (p. 15 s.).

III. Sous Justinien, l'égalité entre les créanciers n'est plus organisée, à l'inverse de ce qui se passait à l'époque du droit classique, que dans des cas restreints (p. 46 ; 57 s.).

IV. Par contre, le droit individuel de saisie, qui constitue le moyen d'application de la déconfiture, est devenu le mode général d'exécution des jugements (p. 54 s.).

V. Le *juramentum bonæ copię* est une promesse du débiteur de mettre loyalement sa fortune entière à la disposition de ses créanciers, et fut l'origine de la *bonorum cessio* (p. 60 s.).

VI. Les Romains ont connu une importante distinc-

tion entre les actes de commerce et les actes civils (p. 67 s.).

VII. L'origine historique de la faillite moderne est dans le mode de liquidation des pécules commerciaux (p. 67 s.; 77 s.; 83 s.; 93 s.).

VIII. L'origine historique de la déconfiture est dans le droit commun de Justinien ; la loi Scimus est la source où sa réglementation a été puisée par le législateur moderne (p. 88 s.; 93 s.).

DROIT FRANÇAIS.

I. L'assemblée générale des actionnaires, représentant la société, a qualité pour en demander aux tribunaux la mise en faillite (p. 107).

II. La faillite de la société ne met pas fin au mandat des administrateurs (p. 125 et s.).

III. Les syndics, en cas d'appel de fonds, ne peuvent pas demander à l'actionnaire un excédant sur sa part contributoire dans le passif, à *titre provisionnel* ; mais ils peuvent lui demander cette part accrue en proportion des insolvabilités démontrées des coactionnaires (p. 157 et s.).

IV. Les syndics ne sont pas tenus de respecter les réductions du capital social lorsque, dans la masse des créanciers, il en existera dont les créances sont antérieures à la date où l'opération a été régulièrement publiée (p. 171 et s.).

V. En cas de transaction intervenue entre les syndics et certains actionnaires, les syndics prétendraient à tort

exiger des autres actionnaires les mises qu'ils ont eux-mêmes volontairement renoncé à réclamer (p. 180 et s.).

VI. Si la responsabilité des administrateurs résulte d'actes qui constituent des infractions aux statuts, les tiers et la société, représentée par les syndics, peuvent agir contre eux en pleine liberté et tenter la fortune du procès, sans que les uns puissent épuiser le droit des autres (p. 198 et s.).

VII. La société peut très-bien concorder, même si elle est dissoute (p. 245 et s.; 249; 293; 319).

VIII. A la différence des syndics, qui ne représentent que les intérêts des créanciers, les liquidateurs sont les mandataires de la société dans l'intérêt des actionnaires (p. 270 s.; 318).

IX. En cas de nullité de la société pour infraction à la loi de 1867, la liquidation doit se rattacher aux statuts sociaux, abstraction faite bien entendu de ce qui, en eux, pourrait être contraire à la loi (p. 285 et s.).

Positions prises hors de la Thèse.

DROIT ROMAIN.

I. Dès l'origine, il a été dans l'esprit de la législation romaine de permettre à la femme d'entrer dans le mariage et de rester dans sa propre famille.

II. En matière d'indivision, il n'est pas exact de dire d'une façon absolue que chaque copropriétaire a le droit d'exiger le *statu quo*. La règle pour être exacte doit se formuler ainsi : chaque copropriétaire ne peut rien faire de nouveau sur la chose commune, il ne peut y apporter des innovations.

III. Une servitude prédiale ne peut avoir pour effet de procurer au propriétaire une utilité sans rendre le fonds dominant meilleur.

IV. L'acquisition de la propriété quiritaire par la possession prolongée continue n'exigeait, à l'origine, ni la bonne foi, ni la *justa causa*.

DROIT CIVIL.

V. Le droit de l'écrivain sur son œuvre n'est pas un droit de propriété. Le législateur a donc pu, selon les principes, en limiter la durée.

VI. La femme, en cas d'instance en divorce, ne peut pas demander, comme mesure conservatoire de ses droits, la nomination d'un administrateur provisoire de la communauté.

VII. Le délai d'un an par lequel se prescrit l'action des médecins pour les visites ou opérations, court seulement de la dernière visite effectuée pendant le cours du traitement de chaque maladie.

VIII. La dispense de rapport ne peut pas s'induire de circonstances extrinsèques prises en dehors des termes de la disposition qui contient la libéralité.

DROIT PÉNAL.

IX. Le délit de violation du secret professionnel est indépendant de l'intention de nuire.

X. L'art. 419 du Code Pénal n'est pas applicable à l'accaparement des actions de sociétés.

SCIENCE FINANCIÈRE.

XI. Il y a lieu, en l'état actuel du marché monétaire, d'adopter l'or, comme étalon monétaire unique.

XII. L'encaisse de la Banque de France est notre suprême réserve pour les moments de crise; il est donc utile, dans l'intérêt commun, que des mesures soient prises pour le protéger.

Vu par le Président de la Thèse,

E. LABBÉ.

Vu et approuvé par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

Origines romaines de la distinction entre la Faillite et la Déconfiture.

	Pages
INTRODUCTION. — Exposé sommaire du sujet; point essentiel de la distinction entre la faillite et la déconfiture; importance secondaire de la distinction entre les commerçants et les non commerçants. Plan de la dissertation.....	1

PREMIÈRE PARTIE.

Des Voies d'exécution.

CHAPITRE I ^{er} . — Epoque antérieure au système formulaire.....	7
<i>Section I^{re}.</i> — Voies d'exécution sur la personne; époque primitive; lésion et vengeance; droit des Douze-Tables; <i>manus injectio</i> ; l' <i>addictio</i> ; le concours des créanciers.....	7
<i>Section II.</i> — Voies d'exécution sur les biens : <i>nexum</i> , ou engagement conventionnel des biens et de la personne; la loi <i>Pleitoria</i> . — La <i>Pignoris capio</i> ; droit de saisie. — Concours des créanciers....	13
<i>Résumé.</i>	20
CHAPITRE II. — Epoque où le droit romain est développé.....	21
<i>Section I^{re}.</i> — La <i>venditio bonorum</i> : son origine; égalité entre créanciers. — <i>Missio in possessionem</i> : ses effets. — La vente; ses effets. — Créanciers vigilants et créanciers en retard. — Disparition de la <i>venditio bonorum</i> . — Origines de la <i>distractio bonorum</i> ; ses cas d'application restreints sous Justinien.....	21
<i>Section II.</i> — L' <i>action paulienne</i> : poursuite de l'égalité entre créanciers; limites à son exercice; ses effets en matière de paiements.....	47

	Pages
<i>Section III. — Pignus ex causa judicati captum</i> : ses origines ; son développement constitue le procédé de droit commun sous Justinien.....	54
<i>Section IV. — Cessio bonorum</i> : ses origines. — Loi <i>Pœtelia</i> . — <i>Juramentum bonæ copię</i> ; développement du droit. — Epoque de Justinien : délai pré- ventif de la faillite.....	60
<i>Résumé</i>	64

DEUXIÈME PARTIE.

Types divers de Liquidation.

CHAPITRE I ^{er} . — Liquidation des pécules. — Considérations géné- rales : les pécules ; le droit commercial à Rome. — Distinction des actes de commerce et des actes civils : importance de cette distinction. — Pécule civil ; pécule commercial.....	63
<i>Section I^{re}</i> . — L'action <i>de peculio</i> ; droit du premier occupant ; déductions du maître. — Système de décon- fiture.....	74
<i>Section II.</i> — L'action <i>tributoria</i> : égalité entre créanciers. — Système de la faillite. — Pluralité de faillites.	77
<i>Résumé</i>	83
CHAPITRE II. — De quelques particularités du droit successoral..	85
<i>Section I^{re}</i> . — De la séparation des patrimoines ; système de la faillite.....	85
<i>Section II.</i> — Du bénéfice d'inventaire. — Réglementation de la déconfiture par la loi <i>Scimus</i>	88

CONCLUSION.

La distinction est d'origine romaine.....	93
---	----

TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANÇAIS.

De la Faillite des Sociétés par actions.

	Pages
INTRODUCTION.....	99

PREMIÈRE PARTIE.

Évolution ordinaire de la Faillite.

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES.....	101
CHAPITRE I ^{er} . — Le Jugement déclaratif.....	104
<i>Section I^{re}</i> . — Comment il intervient.....	104
<i>Section II</i> . — Énonciations y comprises.....	115
<i>Section III</i> . — Ses effets.....	117
CHAPITRE II. — Organisation et administration de la Faillite..	143
<i>Section I^{re}</i> . — Organisation de la Faillite.....	143
<i>Section II</i> . — Réalisation de l'actif.....	147
A. — Droits des syndics contre les actionnaires.....	148
B. — Droits des syndics contre les administrateurs ou gérants.....	193
C. — Des Responsabilités pénales.....	221
<i>Section III</i> . — Règlement du passif.....	226
CHAPITRE III. — Des Solutions de la Faillite	241
<i>Section I^{re}</i> . — Formation de l'Union	241
<i>Section II</i> . — Du Concordat pur et simple.....	244
<i>Section III</i> . — Du Concordat par abandon d'actif.....	262
APPENDICE. — I. De la Clôture pour insuffisance d'actif.....	265
II. De la Réhabilitation.....	265

DEUXIÈME PARTIE.

Questions diverses.

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE.....	269
CHAPITRE I ^{er} . — Liquidation et Faillite.....	270
CHAPITRE II. — Des Sociétés nulles.....	277
CHAPITRE III. — Droit international privé et droit comparé.....	295
CHAPITRE IV. — De la Liquidation judiciaire, d'après le nouveau Projet de Loi sur les Faillites.....	311
CONCLUSION	320
POSITIONS	321



